



ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA
SALAMANCA

TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

Curso 2018/2020

PACTOS MATRIMONIALES.
La autorregulación de la vida conyugal y
post-matrimonial.

Estudiante: Carlota Santos Bravo

Tutora: María Begoña Montero Rodríguez

Diciembre 2019

TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

PACTOS MATRIMONIALES.
La autorregulación de la vida conyugal y
post-matrimonial.

MARRIAGE AGREEMENTS.
Self-regulation of marital and post-
marital life.

Estudiante: Carlota Santos Bravo
e-mail de la estudiante: carlotasantosbravo@gmail.com

Tutora: María Begoña Montero Rodríguez

RESUMEN

En la sociedad en la que vivimos, donde no pensamos en la trascendencia jurídica de nuestros actos, se hace imprescindible la labor de asesoramiento del abogado. En el ámbito del Derecho de Familia, el matrimonio y las crisis matrimoniales conllevan una serie de consecuencias, tanto personales como económicas, que, al no ser tenidas en cuenta, pueden desembocar en confrontaciones, debido a que la ley es muy general y no se adapta a cada caso concreto. Ahí es donde entran los pactos matrimoniales, tanto previos como constante el matrimonio, o el convenio regulador tras la crisis matrimonial, que son el instrumento del que se pueden valer los cónyuges para regular todos aspectos del matrimonio de la forma que más se ajuste a sus necesidades, anticipándose y previniendo así posibles situaciones de conflicto. Pero la falta de regulación expresa de este tipo de pactos nos hace acudir a la jurisprudencia para poder determinar la validez de los mismos que, aunque es ampliamente reconocida, siempre dentro de ciertos límites, sigue generando cierta inseguridad jurídica en lo que a la eficacia de este tipo de pactos se refiere, sobre todo respecto de aquellas cláusulas que afectan o puedan afectar a los hijos del matrimonio.

PALABRAS CLAVE: Pactos matrimoniales, Derecho de Familia, capitulaciones, convenio regulador, crisis matrimonial.

ABSTRACT

In today's society, where we don't think about the legal implications of our doings, the counselling task of lawyers becomes essential. In Family Law, marriage and matrimonial crisis carry a series of consequences, both personal and economic, that, if dismissed, can lead to confrontations, due to a too general law that doesn't suit each specific case. That is where marriage agreements come into play, both prior to and during marriage, or regulatory agreements after a marriage crisis. These pacts are the instrument that can be used by spouses to regulate every marriage issue in the way that best fits their needs, anticipating and preventing possible situations of conflict. But the lack of a specific regulation for this kind of agreements makes us look to jurisprudence in order to determine their validity which, although it's widely recognized, within certain limits, keeps generating certain legal uncertainty about the effectiveness of this kind of agreements, especially in respect of those clauses that affect or can affect the children of marriage.

KEYWORDS: Marriage agreements, Family Law, marriage contract, regulatory agreements, marriage crisis.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. PACTOS MATRIMONIALES	5
1. CONCEPTO Y REGULACIÓN.....	5
2. REQUISITOS. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	8
2.1. Principios constitucionales.	8
2.2. Elementos personales y materiales.	9
2.3. Normas esenciales de los contratos.	10
2.4. La moral y las buenas costumbres.	12
2.5. Límites de la configuración del matrimonio y su disolución.....	12
A. Derechos y deberes de los cónyuges.....	12
B. Separación y divorcio.....	13
C. Régimen económico primario.	13
2.5. Las limitaciones que impone el artículo 90 del Código Civil.....	14
2.6. Relaciones paterno-filiales.....	14
3. FORMALIZACIÓN DE LOS PACTOS MATRIMONIALES.....	15
4. PACTOS PREVIOS AL MATRIMONIO Y/O CONSTANTE EL MISMO.....	16
4.1. Relativos al régimen económico matrimonial.	16
4.1.A. Régimen de sociedad de gananciales.	17
4.1.B. Régimen de separación de bienes.	18
4.1.C. Régimen de participación en las ganancias.....	19
4.1.D. El régimen económico matrimonial en las legislaciones forales.	20
4.2. Relativos a la relación entre los cónyuges.	23
4.2.A. Limitación de la facultad de instar la separación o divorcio.	23
4.2.B. Elección del domicilio y pactos sobre la vivienda familiar.	25
4.2.C. Incumplimiento deberes conyugales.	26
4.2.D. Contribución a las cargas del matrimonio.	27
4.2.E. Alimentos entre cónyuges.	28
4.2.F. Pensión compensatoria.	29
4.3. Pactos relativos a los hijos.	32
4.3.A. Patria Potestad.....	33

4.3.B. Guarda y custodia.....	34
4.3.C. Alimentos.	35
4.4.D. Orden de los apellidos.....	36
III. PACTOS EN EL MOMENTO DE LA RUPTURA CONYUGAL. EL CONVENIO REGULADOR.....	38
1. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y DIFERENCIAS CON LOS PACTOS PREVIOS A LA CRISIS CONYUGAL.....	38
2. REGULACIÓN Y CONTENIDO MÍNIMO DEL CONVENIO REGULADOR.	38
3. PROCEDIMIENTO DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO.....	42
3.1. Regulación	42
3.2. Postulación e intervención del Ministerio Fiscal.	43
3.3. Competencia	43
3.4. Esquema del procedimiento de mutuo acuerdo	45
V. CONCLUSIONES.	46
ANEXO.	48
MODELO DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES.....	48
BIBLIOGRAFÍA	56
JURISPRUDENCIA.....	58

I. INTRODUCCIÓN

Vivimos en una sociedad en la que no se le da ninguna importancia a nada de lo que hacemos, no pensamos que prácticamente todo lo que nos rodea tiene trascendencia, una trascendencia jurídica que la población pasa por alto. Somos una sociedad acelerada, guiada por los impulsos, pensando que nuestra forma de actuar hoy no tendrá consecuencias o que, si las tiene, será un problema de “nuestro futuro yo”.

Y el tema del derecho de familia no es precisamente ajeno a esas consecuencias. Hemos de tener en cuenta que en los últimos años el modelo de familia ha sufrido profundos cambios, y uno trascendental fue la paulatina incorporación de la mujer al mundo laboral, lo cual supuso la independencia económica de ésta frente al esposo.

Por otro lado, en España, aunque en los últimos años el número ha descendido, son más de 150.000 los matrimonios que se celebran anualmente:

Matrimonios¹	
Año	Total
2008	194.022
2009	174.062
2010	167.247
2011	159.798
2012	165.101
2013	153.375
2014	159.276
2015	165.172
2016	171.023
2017	168.989
2018	163.430
TOTAL en 10 años	1.841.495

Pero más sorprende la cifra de divorcios, que supera en más de la mitad del número de matrimonios en los mismos años:

Divorcios²			
Año	Divorcio de mutuo acuerdo	Divorcio contencioso	TOTAL
2008	No hay datos	No hay datos	110.036
2009			98.359
2010			102.933

¹ Datos obtenidos en la página web del Instituto Nacional de Estadística. Consulta realizada en septiembre de 2019. Fuente: www.ine.es

² Datos obtenidos en la página web del Instituto Nacional de Estadística. Consulta realizada en septiembre de 2019. Fuente: www.ine.es

2011			103.604
2012			104.262
2013	71.960	23.467	95.427
2014	76.646	24.100	100.746
2015	73.278	23.284	96.562
2016	74.161	22.663	96.824
2017	75.617	22.343	97.960
2018	73.980	21.274	95.254
Total en 10 años			1.101.967

Teniendo en cuenta que los divorcios contabilizados en la tabla número 2 no tienen por qué corresponder a los matrimonios contabilizados en la tabla número 1, sino que pueden proceder de matrimonios anteriores, sí que se pone de manifiesto la alta tasa de divorcios con respecto a los matrimonios. De lo anterior podemos destacar que, por cada 10 matrimonios que se han celebrado en España en los últimos 10 años, se han producido 6 divorcios, o lo que es lo mismo, la ratio anual de crisis matrimoniales, sin tener en cuenta nulidades ni separaciones, supera en más de la mitad a las nupcias celebradas.

Pero a pesar de la alta tasa de divorcios que observamos en nuestro país, pocas son las parejas que en el momento en que deciden dar el siguiente paso y pasar por el “sí, quiero” se plantean cuáles serían las consecuencias (tanto económicas como personales) de una crisis matrimonial que acabase en divorcio. Algo que podemos observar en las estadísticas nacionales³ que se confeccionan sobre el número de capitulaciones matrimoniales que se realizan tanto antes como durante el matrimonio:

CAPITULACIONES MATRIMONIALES PRENUPCIALES					
Año	Separación de bienes	Sociedad de gananciales	Participación en las ganancias	Otro régimen matrimonial	TOTAL
2008	18.178	1.027	242	894	20.341
2009	16.837	1.005	163	781	18.786
2010	17.435	962	202	783	19.382
2011	17.538	935	158	758	19.389
2012	18.200	938	192	716	20.046
2013	17.799	845	153	698	19.495
2014	19.600	947	211	730	21.488
2015	20.611	823	220	581	22.235
2016	23.712	913	239	667	25.531
2017	25.885	934	242	624	27.685
2018	26.415	930	191	642	28.178
TOTAL	222.210	10.259	2.213	7.874	242.556

³ Datos obtenidos en la página web del Consejo General del Notariado. Consulta realizada en septiembre de 2019 Fuente www.notariado.org

CAPITULACIONES MATRIMONIALES POSTNUCIALES					
Año	Separación de bienes	Sociedad de gananciales	Participación en las ganancias	Otro régimen matrimonial	TOTAL
2008	22275	1691	326	1169	25.461
2009	20575	1663	347	1037	23.622
2010	20393	1795	332	894	23.414
2011	18.986	1.707	298	788	21.779
2012	19.457	1.709	348	729	22.243
2013	18.854	1.730	300	748	21.632
2014	19.580	1.623	351	760	22.314
2015	19.455	1.729	308	697	22.189
2016	20.711	1.733	353	737	23.534
2017	22.344	1.893	335	806	25.378
2018	23.413	1.984	334	828	25.731
TOTAL	226.043	19.257	3.632	9.193	258.125

CAPITULACIONES SIN PACTAR RÉGIMEN ECONÓMICO	
Año	Nº de actos
2011	229
2012	270
2013	240
2014	268
2015	227
2016	280
2017	331
2018	340
TOTAL	2.185

Observamos así que, del total de matrimonios celebrados en los últimos años, desde el 2008, solo el 27,3 % pactaron capitulaciones (un 13,17% antes del matrimonio, un 14,01% durante el mismo y un 0,11% en el que nada se estipuló sobre el régimen económico), es decir, únicamente una cuarta parte de los cónyuges quisieron regular tanto su vida matrimonial como post-matrimonial.

De hecho, a parte del desconocimiento general que existe en torno a este tema en la sociedad, muchos futuros cónyuges no quieren ni planteárselo puesto que creen que es una visión catastrofista de la relación (*“ya estás pensando en el divorcio, es que no me quieres”*), o incluso que no es nada “romántico”.

Lo cierto es que prever dicha hipotética situación nada tiene que ver con el amor, sino con afrontar la realidad, siendo conscientes de que nadie es capaz de adivinar el futuro y

de que éste es incierto. Es, en palabras de la autora Celia Martínez Escribano “*como un seguro de daños: nadie quiere el daño, aunque el contrato de seguro viene a prevenir el desastre si ocurre*”⁴.

Lo que se pretende con este trabajo es poner de relieve la importancia de las capitulaciones matrimoniales (o pactos matrimoniales), no solo en el ámbito económico, que es para lo que normalmente se utilizan, sino también las posibles ventajas que puede tener que los cónyuges hagan uso de la autonomía de la voluntad a la que cada vez se está dando más importancia y pacten en un momento en el que es más fácil llegar a acuerdos, lo cual puede hacer más llevadera tanto la vida en común como una posible ruptura del vínculo matrimonial.

Por otro lado, es importante destacar en este tema la importante labor de asesoramiento que compete a los abogados, ya que, a la hora de otorgar unas capitulaciones matrimoniales, es conveniente conocer la realidad de los cónyuges para poder adaptar los pactos a sus necesidades, puesto que habitualmente las capitulaciones que realizan los notarios son escritos modelos generalizados que no contemplan las particularidades de cada pareja.

⁴ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 12

II. PACTOS MATRIMONIALES

1. Concepto y regulación.

Los pactos matrimoniales son los acuerdos que pactan dos personas antes de casarse o durante su matrimonio con el fin de regular las relaciones jurídico-familiares que nacen con ocasión del matrimonio. En definitiva, se trata de un negocio jurídico de derecho de familia que celebran los cónyuges (o futuros cónyuges) cuya naturaleza jurídica puede variar en función de su contenido: típico, cuando se refiere al régimen económico matrimonial, en cuyo caso se tratará de un negocio jurídico solemne que se plasmará en escritura pública en forma de capitulaciones matrimoniales; y/o atípico, cuando se refiere a cualesquiera otras disposiciones distintas del régimen económico pero siempre por razón del matrimonio (acerca de las consecuencias de una ruptura matrimonial, o sobre los hijos, su convivencia...), siendo en este caso negocios jurídicos contractuales o no contractuales, cada uno de los cuales quedará sometido a las normas jurídicas que le son propias.

PINTO ANDRADE⁵ define los pactos matrimoniales como *“decisiones o acuerdos de los cónyuges adoptados antes o después de celebrado el matrimonio dirigidas a regular las consecuencias personales y económicas de una eventual y futura ruptura matrimonial. De otra manera podrían definirse como aquellos negocios jurídicos de Derecho de Familia en virtud de los cuales, quienes tienen proyectado contraer matrimonio o se encuentran en situación de normal convivencia matrimonial regulan total o parcialmente las consecuencias o efectos tanto personales como patrimoniales que pudieran derivarse de la eventual ruptura o disolución de su matrimonio sea por separación o divorcio”*. Aunque a mi entender esta definición únicamente se refiere a los pactos en previsión de ruptura, dejando fuera otro tipo de pactos que nada tienen que ver con una posible y futura ruptura del vínculo conyugal.

En cuanto a los elementos que diferencian estos pactos de otras figuras afines, como puede ser el convenio regulador aprobado judicialmente o el convenio privado no homologado judicialmente que se crean una vez surgida la crisis matrimonial, dos son las características que según VÍCTOR MORENO VELASCO (haciendo suyas las palabras de Juan Pablo González del Pozo) definen estos pactos:

- Condicionales
- Preventivos

“En primer lugar, son condicionales, ya que su eficacia queda supeditada a la efectiva celebración del matrimonio. De esta forma, aunque puedan pactarse tras la celebración del matrimonio, los pactos prenupciales suelen firmarse antes de contraer matrimonio. Si toman la forma de capitulaciones matrimoniales, deberá contraerse el matrimonio en el plazo de un año desde su firma tal y como prevé el artículo 1334 del Código Civil.

⁵ PINTO ANDRADE, C., “La genérica validez de los pactos en previsión de la ruptura matrimonial”, Revista de Derecho de Familia. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación, N° 49, 2010, págs. 63-74.

En segundo lugar, son preventivos, ya que son pactos proyectados para una situación eventual o contingente, ya que prevén los efectos de una crisis matrimonial futura que podrá no existir. En definitiva, anticipándose a los problemas o conflictos que puedan surgir ante una eventual crisis matrimonial dan una solución consensuada a sus efectos⁶”.

A pesar de considerar que dichas notas que, según el citado autor, caracterizan este tipo de pactos son bastante acertadas, hemos de matizar que los mismos no solo son preventivos en aras de anticiparse a la solución de una posible crisis matrimonial, los mismos también son eficaces para solucionar de forma precautoria los problemas que puedan surgir durante la convivencia del matrimonio sin que llegue a aparecer aquella.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico una regulación expresa de los pactos matrimoniales, pero sí que podemos inferir el genérico reconocimiento de los mismos en la regulación que nuestro Código Civil hace de las capitulaciones matrimoniales en su artículo 1.325, ya que en el mismo se reconoce la posibilidad de pactar en capitulaciones matrimoniales no solo sobre el régimen económico, sino también sobre cualquier otra disposición por razón del mismo⁷. Aunque existen discrepancias acerca de la interpretación de dicho precepto, ya que no queda del todo claro si cuando se habla “del mismo” se hace referencia al matrimonio o al régimen económico matrimonial, lo cierto es que la mayoría de la doctrina se inclina por la interpretación más amplia, entendiendo que se está refiriendo a estipulaciones por razón del matrimonio⁸. No obstante, hemos de poner de relieve que legislaciones forales como la de Cataluña sí regulan los pactos en previsión de una ruptura matrimonial (Artículo 321-20 CCC).

Cabe hacer referencia en este punto a VÍCTOR MORENO VELASCO⁹ que pone de manifiesto la posibilidad de pactar disposiciones por razón del matrimonio “*teniendo las obligaciones derivadas de los mismos plena fuerza vinculante entre los cónyuges (art.1091 CC)*”¹⁰, siempre que concurran los requisitos esenciales para la existencia del

⁶ MORENO VELASCO, V., *La expresión de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en las crisis matrimoniales*, Editorial de la Universidad de Jaén, Jaén, 2013, págs. 35-36.

⁷ Art. 1.325 CC: “*En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*”.

⁸ PÉREZ MARTÍN, A. J., *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio Regulador. Procedimiento consensual*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 45.

⁹ MORENO VELASCO, V., “La validez de los acuerdos prematrimoniales”, *Diario La Ley*, nº 7049, 2006, p.2.

¹⁰ Art. 1.091 CC: “*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.*”

negocio (art. 1261 CC)¹¹, y se cumplan los requisitos de forma ad substantiam y las especiales en las materias objeto de pacto (art. 90 párrafo 2.º, 1328 y 1814 CC)¹²”.

No hemos de olvidar que el propio artículo 1.323 CC, haciendo gala de la amplia autonomía de la voluntad que se reconoce a los cónyuges, permite a éstos celebrar entre sí toda clase de contratos, así como también podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos.

Además, nuestra jurisprudencia es clara a este respecto, proclamando la validez de los pactos prematrimoniales como facultad de autorregulación de los cónyuges, siendo posible regular otras cuestiones al margen del régimen económico matrimonial. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2015 dice expresamente *“El fenómeno pactos prematrimoniales tiene la denominación de capitulaciones matrimoniales en nuestro ordenamiento, si bien sujetas a restrictivos criterios formales, al deber formalizarse en escritura pública con inscripción posterior (arts. 1327 y 1333 Civil). En cualquier caso, las capitulaciones no solo afectan al régimen económico matrimonial sino también con criterio más flexible a "cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo" (art. 1325 C. Civil). Por otro lado, el art. 1328 del C. Civil considera nulas las estipulaciones que sean contrarias a las leyes, buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos de los cónyuges. En el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (art. 3.1 del C. Civil) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el art. 1323 C. Civil , a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255 C. Civil) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los arts 231-19 del Código Civil Catalán y en el art. 25 del ley 10/2007 de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana . De lo expuesto se deduce que no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si los hubiere, pues, no en vano, el art. 90.2 del C. Civil establece como requisito para los convenios reguladores, aplicable por analogía en ese caso, para su aprobación, que no sean dañosos para los menores o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. En igual*

¹¹ Art. 1.261 CC: *“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

1.º Consentimiento de los contratantes.

2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.

3.º Causa de la obligación que se establezca.”

¹² Art. 90.2 CC: *“Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”.*

Art. 1.328 CC: *“Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”.*

Art. 1.814 CC: *No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros*

sentido el art. 39 de la Constitución cuando establece la protección de la familia y de la infancia¹³”.

2. Requisitos. Límites a la autonomía de la voluntad.

Como veníamos comentando, los pactos matrimoniales son un negocio jurídico entre los cónyuges, cuya base la encontramos en los artículos 1.323 y 1.325 CC, donde pueden establecer los pactos que crean conveniente, gracias a la libertad de pacto que les reconoce el 1.255 CC.

De hecho, en nuestra jurisprudencia se viene reconociendo esa libertad a los cónyuges en numerosas sentencias, entendiéndose que se trata de acuerdos que se fundamentan en los artículos 1.255 y 1.256 CC, otorgándoles plena validez y eficacia¹⁴.

Pero a pesar del, cada vez más amplio, reconocimiento que hace nuestra legislación y jurisprudencia a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, lo cierto es que las partes no tienen libertad absoluta para pactar todo tipo de cláusulas, sino que para que éstas últimas sean válidas es necesario respetar una serie de límites, y es el propio Código Civil el que nos indica cuáles son: la ley, la moral y el orden público¹⁵, dentro de los cuales, y teniendo en cuenta que estamos en la rama del derecho de familia, podemos englobar una serie de principios y normas (tanto generales como específicas de la materia), que restringen la libertad de los cónyuges a la hora de suscribir pactos matrimoniales. Es lo que se llamaba, según ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT, “orden público familiar que, pese a su falta de definición, expresa el valor preferente de ciertas normas o principios dentro del ordenamiento jurídico frente a las normas que reconocen la autonomía de la voluntad¹⁶”, que pasamos a examinar a continuación:

2.1. Principios constitucionales.

En primer lugar, hemos de hacer referencia al principio de igualdad, recogido en los artículos 14 y 32 de la Constitución española¹⁷, en virtud de los cuales, imperativamente, los pactos deben constituirse a la luz del principio de igualdad, ya que ninguno de los cónyuges puede verse discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social¹⁸.

¹³ STS de 24 de junio de 2015 [Roj: 2828/2015]

¹⁴ STS de 22 de abril de 1997 [Roj: STS 2817/1997]

¹⁵ Artículo 1.255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”

¹⁶ BERROCAL LANZAROT, A. I., “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”, LA LEY Derecho de Familia, nº 5, 2015, p. 15.

¹⁷ Artículo 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”

Artículo 32 CE: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.”

¹⁸ PÉREZ MARTÍN, A. J., *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio Regulador. Procedimiento consensual*, op. cit., p. 38.

Este principio constitucional se manifiesta en el Código Civil cuando dispone en su artículo 66 que *“los cónyuges son iguales en derechos y deberes”* y en su artículo 1.328 cuando dice que *“será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”*.

De tal forma que serán nulos aquellos pactos que supongan una subordinación de un cónyuge respecto de otro o que implique una merma de la capacidad de cualquiera de ellos¹⁹.

Hemos de destacar, que esta igualdad del art. 1.328 CC, en palabras de nuestro Tribunal Supremo, no es una igualdad en términos económicos, sino de derechos de las personas²⁰.

En segundo lugar, hemos de tener en cuenta el artículo 39 de la Constitución, según el cual los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, lo que implica que los pactos que otorguen los cónyuges no pueden ir en contra del interés de la familia, primando éste sobre el interés individual de cada uno de sus miembros. Así, encontramos el reflejo de este principio en el art. 67 CC cuando dispone que los cónyuges deben actuar en interés de la familia.

Así mismo, el citado artículo también propugna la igualdad de los hijos con independencia de su filiación.

En tercer lugar, el derecho al libre desarrollo de la personalidad contemplado por el art. 10 CE, tampoco puede verse vulnerado por los pactos entre cónyuges.

Por último, no hemos de olvidar el principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9 CE, ya que las cláusulas que establecen los cónyuges pueden afectar a terceros, siendo por ello necesario que las capitulaciones matrimoniales que contengan al menos el régimen económico del matrimonio se hagan constar en escritura pública, dándoles publicidad a través de su inscripción en el Registro Civil. Además, el propio Código Civil contempla la protección a terceros cuando en su artículo 1.317 dispone que *“La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.”*

2.2. Elementos personales y materiales.

En lo que respecta a los elementos personales, son los propios cónyuges, pues las capitulaciones u otra clase de pactos son otorgadas por ellos, siendo el otorgamiento de las mismas un acto personalísimo que no permite la representación.

A falta de una regulación específica sobre quienes pueden realizar pactos matrimoniales, interpretando a sensu contrario los artículos 1.329 y 1.330 del Código Civil, podemos afirmar que únicamente es necesario que los cónyuges sean mayores de

¹⁹ MORENO VELASCO, V., *La expresión de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en las crisis matrimoniales*, op. cit., p. 18.

²⁰ STS de 18 de junio de 2012 [Roj: STS 4410/2012]

edad y tengan capacidad de obrar. No obstante, debemos matizar que, teniendo en cuenta que los menores de edad no emancipados no pueden contraer matrimonio, el concurso y asistencia de los padres o tutor para que aquéllos puedan otorgar capitulaciones (art. 1.329 CC) únicamente será necesario antes de contraer matrimonio, puesto que para contraerlo deberán haber obtenido la emancipación previamente²¹. En el supuesto de los incapacitados judicialmente requerirán la asistencia de sus padres, tutor o curador (art. 1.330 CC)

En cuanto a los requisitos materiales o reales, éstos se refieren al contenido posible de las capitulaciones o pactos matrimoniales: un contenido ordinario relativo al establecimiento, modificación o sustitución del régimen matrimonial, en cuyo caso se exige de forma imperativa que adopte la forma de capitulaciones matrimoniales; y otro tipo de contenido, referente a diversos aspectos patrimoniales y/o personales del matrimonio, que pueden estipularse junto al régimen económico en las capitulaciones o también cabe que las capitulaciones únicamente tengan este contenido distinto del régimen económico, en cuyo caso el matrimonio se regiría por el régimen económico matrimonial supletorio que fuese de aplicación.

Por otro lado, en virtud del artículo 1.217 CC no podrán constituir el objeto del contrato las materias que están fuera del comercio de las personas.

2.3. Normas esenciales de los contratos.

Como hemos dicho anteriormente, los pactos matrimoniales son un negocio jurídico, un contrato bilateral entre los cónyuges, y como tal deben estar sometidos a las normas imperativas que rigen los mismos.

Así, el artículo 1.261 CC: *“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

- 1.º Consentimiento de los contratantes.*
- 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.*
- 3.º Causa de la obligación que se establezca”.*

En este punto, dejando al margen el objeto del contrato (que puede ser muy diverso) y la causa del mismo, hemos de poner de relieve la importancia del consentimiento a la hora de establecer este tipo de pactos, puesto que una de las causas que puede motivar su nulidad es precisamente la ausencia o vicios de consentimiento. Y es la propia ley la que determina las causas por las que puede determinarse que una declaración de voluntad es defectuosa: por error, violencia, intimidación o dolo²².

En el caso del error, para que invalide el consentimiento, *deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la*

²¹ ROZALÉN CREUS, L., *Validez y eficacia de los pactos matrimoniales*, Editorial de la Universidad de Valencia, Valencia, 2018, págs. 276-277

²² Art. 1.265 CC: *“Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”.*

*misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo*²³, siendo necesario para ello que dicho error sea sustancial y excusable, de tal forma que utilizando una diligencia media no podría haberse evitado²⁴.

Respecto de la violencia, para que produzca la nulidad de un acto, el Código Civil es suficientemente claro al respecto en su artículo 1.267 cuando dispone que “*Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible*”, y lo mismo sucede con la intimidación²⁵, a la que se refiere en el apartado segundo del citado artículo: “*Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes.*”

Por último, en cuanto al dolo, según el Código Civil se produce la nulidad de un contrato (o cláusula) “*cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*”. Hay que hacer referencia a la posibilidad del dolo omisivo que supone actuar en el tráfico de forma ambigua y poco transparente, es decir, “*adoptando una conducta pasiva o reticente que induzca a contratar a quien no hubiera llegado a hacerlo en caso de saber cuánto, consciente y deliberadamente, le oculta la otra parte*²⁶”.

No obstante, existen determinados factores que pueden ser relevantes a la hora de determinar si han existido o no vicios del consentimiento y que deberán ser valorados por el juzgado, tales como la proximidad de la boda²⁷ y la existencia o no de una información adecuada sobre las consecuencias de la renuncia y la situación patrimonial de cada uno de los contrayentes²⁸.

²³ Art. 1.266 CC

²⁴ En este sentido, la STS de 4 de febrero de 1994 [Roj: STS 15058/1994] “*según nuestra Jurisprudencia, para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los llamados principios de autoresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7º del Código Civil . Es inexcusable el error (de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular*”.

²⁵ En este sentido, la STS de 15 de enero de 2004 [Roj: STS 68/2004], confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense en la que se declara la nulidad de las capitulaciones matrimoniales por motivo de un vicio del consentimiento en su otorgamiento que trae causa de la intimidación que sufría la esposa a manos de su cónyuge.

²⁶ PACHECO GALLARDO, M., “El contrato y sus elementos esenciales”, Diario La Ley, nº 8740, 2016, p. 15.

²⁷ En este sentido, el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de mayo de 2018 [Roj: STS 1925/2018] considera válidos los pactos que firman los esposos ya que se firmaron con la suficiente antelación con respecto al matrimonio, por lo que tampoco pueden considerarse sorpresivos, matizando también que, aunque no era una relación matrimonial extensa, la misma no era fugaz.

²⁸ GASPAS LERA, S., “Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”, Anuario de Derecho Civil, tomo LXIV, 2011, p. 1071.

2.4. La moral y las buenas costumbres.

Según ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN “*las buenas costumbres equivalen a la moral o ética social, a aquellos principios que son aceptados por una comunidad en la convivencia social respecto a lo que es lícito y honesto, es decir, lo que es acorde con la concepción social del matrimonio y sus fines, que impide los pactos contrarios a ese esquema social, a lo que debe ser el matrimonio y las relaciones personales y familiares*²⁹”. Ahora bien, el concepto de moral o buenas costumbres no es un concepto estático, sino cambiante, que habrá de interpretarse en función de criterios tanto geográficos como cronológicos.

2.5. Límites de la configuración del matrimonio y su disolución.

A. Derechos y deberes de los cónyuges.

En primer lugar, en lo referente a los derechos y deberes de los cónyuges, que se encuentran regulados en los artículos 67 a 71 del Código Civil, podemos diferenciar dos grupos: uno relativo a normas imperativas estrictas y otro grupo en el que se integran normas imperativas flexibles.

En el primer grupo englobaríamos el deber de respeto, de ayuda y socorro mutuos, de guardar fidelidad, de vivir juntos y de compartir las responsabilidades domésticas. Sobre este conjunto de deberes entiendo que no existe la posibilidad de pacto en contrario (al menos a nivel formal), en el sentido de su exclusión, ya que el mismo podría suponer una vulneración tanto del derecho a la dignidad de la persona como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, contemplados en el artículo 10 CE. Otra cosa distinta sería que los cónyuges en su esfera íntima acuerden lo que estimen conveniente a este respecto³⁰.

En el segundo grupo incluiríamos la fijación del domicilio y la atribución de representación. En el primer caso, los cónyuges podrán fijar el domicilio conyugal, pero habrán de hacerlo de mutuo acuerdo, y en caso de discrepancia, será el juez el que decida en interés de la familia. En el caso de la atribución de la representación, el art. 71 CC es bastante claro, ya que, a sensu contrario, un cónyuge puede conferir al otro su representación, lo que puede hacer constar en capitulaciones matrimoniales (respetando en todo caso el principio de igualdad).

Ahora bien, debemos puntualizar que gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia entiende que los derechos y deberes de los cónyuges que acabamos de apuntar tienen un carácter puramente ético o moral, cuyo incumplimiento no es susceptible de reparación económica³¹.

²⁹ PÉREZ MARTÍN, A. J., *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio Regulador. Procedimiento consensual*, op. cit., p. 50.

³⁰ ROZALÉN CREUS, L. *Validez y eficacia de los pactos matrimoniales*”, op. cit., págs. 141-148

³¹ STS de 30 de julio de 1999 [Roj: 5489/1999]

No obstante, y aunque lo veremos más adelante con el estudio de pactos concretos, existen autores que, con ciertas cautelas, sí que son partidarios de la validez de los pactos relativos al cumplimiento de los derechos y deberes de los cónyuges.

B. Separación y divorcio.

Los artículos 81 y 86 contemplan una serie de requisitos a la hora de solicitar la separación y/o el divorcio, exigiendo para ello que hayan transcurrido al menos 3 meses desde la celebración del matrimonio, que sea a petición de ambos cónyuges, de uno con el consentimiento del otro (acompañando la demanda una propuesta de convenio regulador conforme al artículo 90 CC), o bien a petición de uno solo de los cónyuges (debiendo adjuntar a la demanda una propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación o divorcio), sin que quepa alegar causa alguna como motivo de las mismas (las causas de separación y divorcio se suprimieron con la entrada en vigor de la Ley 15/2015³²).

Entendemos en este punto que se trata de normas imperativas y que, por lo tanto, no pueden ser objeto de pacto por los cónyuges.

No obstante, no todo lo referente a esta materia es indisponible para los cónyuges, sino que el Código Civil, en su articulado, les concede la posibilidad de optar entre la vía judicial o la vía privada ante notario³³ (siempre que en este último caso no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores) cuando quieren poner fin a su vínculo matrimonial.

C. Régimen económico primario.

Se trata aquí de las normas contenidas en los artículos 1315 a 1324 del Código Civil, y que son, en palabras de GONZALO PUEYO PUENTE *“aquellas normas que, en relación al régimen económico resultan de aplicación a cualquiera de los regímenes por el que se regulen los cónyuges, de tal modo que se aplicarán además las normas específicas por las que se rija un concreto matrimonio”*³⁴. Se trata de las relativas a las cargas del matrimonio, el ejercicio de la potestad doméstica, la disposición de la vivienda familiar, el ajuar en caso de fallecimiento o la confesión de privaticidad, entre otras.

El citado autor también remarca el carácter imperativo de estas normas, no siendo posible su exclusión.

A pesar de no poder evitar su aplicación, sí son posibles ciertos pactos sobre las mismas. No entraremos a valorar punto por punto la viabilidad de pacto en cada una de las normas que comprenden dicho régimen primario, sino que trataremos el tema más

³² Ley 15/2015, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

³³ Artículos 82 y 87 del Código Civil.

³⁴ Conferencia impartida por GONZALO PUEYO PUENTE en el Colegio de Abogados de Salamanca, 2019.

adelante dentro de pactos concretos a los que pueden llegar los cónyuges sobre esta materia.

2.5. Las limitaciones que impone el artículo 90 del Código Civil.

Cuando el Código Civil regula el convenio regulador establece que los acuerdos de los cónyuges no pueden ser dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Estas premisas son trasladables a los pactos matrimoniales, y ambas se sustentan en dos principios fundamentales, el interés superior del menor y el principio de igualdad, respectivamente.

El propio Tribunal Constitucional recoge la prevalencia del interés superior del menor frente a los derechos de los progenitores cuando le afectan negativamente y concretamente expresa que *“Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste”*³⁵.

2.6. Relaciones paterno-filiales.

En este epígrafe hemos de resaltar dos conceptos: la patria potestad y el deber de alimentos (arts. 154 y 143 CC).

En cuanto a la patria potestad, la misma es irrenunciable, puesto que es el Código Civil el único que regula las causas por las que se acaba la misma: por muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, por la emancipación o por la adopción del hijo (art. 169 CC). El citado cuerpo legal contempla también la posibilidad de privar total o parcialmente de su potestad al padre o la madre, siempre mediante sentencia fundada en el hecho de haber incumplido los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal (art. 170 CC).

En lo que respecta a los alimentos, no comprenden únicamente la comida, sino que el concepto es más amplio, tal y como se regula en el art. 142 CC: *“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”*. Se trata de una obligación indisponible e imprescriptible que permanece aun cuando los hijos no estén sometidos a su patria potestad, bien porque la hayan perdido por cualquier motivo o porque los mismos ya sean mayores de edad o se hayan emancipado³⁶.

³⁵ STC 176/2008, de 22 de diciembre.

³⁶ ROZALÉN CREUS, L., *Validez y eficacia de los pactos matrimoniales*, op. cit. 157.

3. Formalización de los pactos matrimoniales.

En cuanto a la forma que deben adoptar los pactos matrimoniales, no existe norma específica al respecto, por lo que es de aplicación a los mismos la regla de libertad de forma que proclama el art. 1.278 CC³⁷, pudiendo adoptar la forma tanto de documento público como de documento privado³⁸.

No obstante, hay una excepción, y es que cuando dichos pactos adopten la forma de capitulaciones matrimoniales y se incluyan en las mismas cláusulas relativas al régimen económico matrimonial, las mismas deberán constar en escritura pública, en virtud de los artículos 1.280 y 1.327 CC, ya que se trata de un requisito constitutivo, necesario para su validez; requisito que también se exige para la modificación de las mismas.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la intervención del notario en la formalización de este tipo de pactos les dota de una serie de garantías en cuanto a su validez de las que carece el documento privado, así como la facilidad probatoria en un proceso judicial de un documento en el que ha intervenido un fedatario público³⁹, hace recomendable que dichos pactos matrimoniales se incluyan en las capitulaciones matrimoniales junto al régimen económico o en escritura pública independiente.

Por otro lado, en cuanto a la inscripción en el Registro Civil de las capitulaciones matrimoniales para que las mismas gocen de su publicidad y tengan efectos erga omnes, debemos destacar que la inscripción *“se limita a la indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico conyugal (art. 1333 CC)”*⁴⁰.

Pero debemos realizar una matización en el caso de las capitulaciones matrimoniales que se otorgan antes de contraer nupcias, ya que las mismas caducarán si en el plazo de un año desde su otorgamiento no se celebra el matrimonio (art. 1.334 CC).

³⁷ Artículo 1.278 CC: *“Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”*.

³⁸ Así la STS de 4 de febrero de 1995 [Roj: 540/1995] pone de manifiesto que el requisito de la escritura pública solo es predicable de las cláusulas relativas al régimen económico matrimonial, cuando dice que *“la exigencia de escritura pública, con carácter constitutivo o “ad solemnitatem”, que establece el artículo 1327 del Código Civil, correctamente interpretado, se refiere exclusivamente a las capitulaciones matrimoniales, o sea, a las estipulaciones a través de las cuales los esposos establezcan el régimen económico de su matrimonio, lo modifiquen o lo sustituyan por otro, con todos los demás pactos relacionados con ello y que, por tanto, tengan naturaleza capitular”*.

³⁹ GASPAR LERA, S., *“Acuerdos matrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”*, op. cit., p. 1072.

⁴⁰ Resolución de la DGRN de 19 de junio de 2003 [Ref. CJ 10306/2004] por la que se deniega la inscripción de unas capitulaciones matrimoniales en las que no se regulaba acerca del régimen económico matrimonial, sino que únicamente contenían unas estipulaciones para el supuesto de que en el futuro se produjera una separación y/o divorcio.

4. Pactos previos al matrimonio y/o constante el mismo.

Como hemos visto en apartados anteriores, y partiendo de la idea de que la forma más garantista de los pactos matrimoniales es su otorgamiento en escritura pública, las capitulaciones matrimoniales pueden tener un contenido diverso: por un lado, un contenido típico, que es el que se refiere al régimen económico matrimonial, y otro atípico, que se corresponde con aquellas otras estipulaciones distintas de éste último y que se otorgan por razón del matrimonio.

4.1. Relativos al régimen económico matrimonial.

Todas aquellas cláusulas de las capitulaciones matrimoniales destinadas a regular la vida económica de un matrimonio constituyen lo que conocemos con el nombre de régimen económico matrimonial y, aunque nuestro Código Civil no da una definición del mismo podemos entenderlo como *“el conjunto de reglas que regulan las relaciones económicas habidas entre los cónyuges y entre el consorcio matrimonial y los terceros⁴¹”*.

Las normas relativas al régimen económico matrimonial son las que se encuentran reguladas en el Título 3º, Libro IV del CC, y que serán de aplicación a aquellos matrimonios que estén sometidos al Derecho Común.

Nuestra legislación da libertad a los cónyuges a la hora de elegir el régimen económico que quieren que rija en su matrimonio (artículo 1.315 CC⁴²); libertad que será ejercitada a través de las capitulaciones matrimoniales, pudiendo optar por uno de los regímenes regulados en el Código Civil, en las legislaciones forales o bien creando el suyo propio con las limitaciones que establece la ley.

En el caso de que los cónyuges no manifestasen su elección sobre las normas que van a regir su vida económica matrimonial, o cuando las capitulaciones sean ineficaces, será de aplicación el régimen supletorio que, en el caso del Derecho común, será el régimen de la sociedad de gananciales (art. 1.316 CC).

No obstante, en este punto hemos de poner de manifiesto que para determinar cuál es el régimen económico supletorio de un matrimonio es necesario saber cuál es la ley aplicable al mismo, puesto que determinadas regulaciones forales establecen regímenes legales supletorios distintos al recogido en el Código Civil.

En este sentido, el artículo 9 CC nos da las claves para determinar la ley que regula los efectos del matrimonio:

1º.- En primer lugar, será de aplicación la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo.

⁴¹ LEFEBVRE, F., *Regímenes Económico-matrimoniales*, Lefebvre-El Derecho, 2016, Madrid, p. 13.

⁴² Artículo 1.315 CC: *“El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”*.

2º.- En defecto de la anterior, la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio.

3º.- En defecto de las anteriores, la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración.

4º.- A falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.

A pesar de las distintas clasificaciones que se pueden hacer de estos regímenes, hablaremos, de forma superficial, sobre los que contempla nuestro Código Civil, haciendo mención también a las especialidades que regulan las distintas Comunidades Autónomas que tienen su Derecho foral propio.

4.1.A. Régimen de sociedad de gananciales.

La sociedad de gananciales viene regulada en el artículo 1.344 y siguientes del CC, y aunque el mismo no da una definición sobre qué debemos entender por sociedad conyugal, podemos decir que se trata de una comunidad de bienes que crean los cónyuges en virtud de la cual se hacen comunes las ganancias y beneficios obtenidos por los esposos durante el matrimonio, con determinadas limitaciones, los cuales son divisibles por mitad en el momento en que el vínculo matrimonial se disuelva.

Aunque existen discrepancias acerca del tipo de comunidad que rige los bienes comunes de los cónyuges, la doctrina mayoritaria opta por calificarla como comunidad germánica o en mano común, no existiendo por tanto cuotas sobre los bienes gananciales, perteneciendo los mismos por entero a cada uno de los cónyuges⁴³.

En este tipo de régimen podemos diferenciar la existencia de 3 patrimonios diferenciados: un patrimonio común de los esposos y dos patrimonios individuales (o privativos) correspondientes a cada uno de los cónyuges.

Para determinar el carácter ganancial o privativo de los bienes hemos de acudir a los artículos 1.346 y 1.347 CC, que son los preceptos que señalan qué bienes tienen naturaleza privativa y cuáles ganancial, respectivamente.

Así, serán privativos (art. 1.346 CC):

1. Los bienes y derechos que pertenezcan a los cónyuges antes de contraer matrimonio (o antes de que se hayan otorgado las capitulaciones matrimoniales en las que se contemple la sociedad de gananciales como régimen aplicable al matrimonio).
2. Los que adquieran los cónyuges a título gratuito (como puede ser una donación).
3. Los adquiridos con bienes privativos.

⁴³ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2016 [Roj: STS 459/2016] “ninguno de los cónyuges puede disponer, como privativos suyos, de la mitad indivisa de los bienes comunes. En la sociedad de gananciales ambos son indistintamente titulares de un patrimonio sin que ninguno de ellos tenga un derecho actual a una cuota que pueda ser objeto de enajenación ni pueda dar lugar a la acción de división a salvo los supuestos de liquidación del régimen económico”.

4. Los adquiridos por derecho de retracto que pertenezca a uno de los cónyuges.
5. Los inherentes a la persona y los no transferibles inter vivos, como las pensiones.
6. Los recibidos por el resarcimiento de daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.
7. Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor, siendo indiferente que se hubieran adquirido con bienes privativos o comunes⁴⁴.
8. Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo que sean parte integrante de un establecimiento o explotación común.

Hemos de tener en cuenta que también serán privativas las sumas que se cobren en los plazos vencidos durante el matrimonio, siempre que deriven de una cantidad o crédito pagadero en cierto número de años y pertenezca privativamente a uno de los cónyuges (art. 1.348 CC). Así mismo, el derecho de usufructo o pensión será privativo, no así los frutos, pensiones o intereses devengados durante el matrimonio, que serán gananciales (art. 1.349 CC).

Por otro lado, serán gananciales (art. 1.347 CC):

1. Los bienes que obtenga cualquiera de los cónyuges por su trabajo o industria, Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales.
2. Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común.
3. Los adquiridos por derecho de retracto ganancial.
4. Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por cualquiera de los cónyuges a expensas de bienes comunes.

Así mismo, serán bienes gananciales las ganancias obtenidas en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución (art. 1.351 CC), incluyendo la doctrina las procedentes de la ocupación, el descubrimiento de tesoro, los inventos, etc.⁴⁵ También gozan de este carácter las donaciones o legados realizados a los cónyuges sin especial designación de partes y constante la sociedad, siempre que fueran aceptados por ambos y el donante o el testador no hubieren dispuesto lo contrario (art. 1.353 CC). Por último, igualmente tendrán naturaleza ganancial las cabezas de ganado que al disolverse la sociedad excedan del número aportado por cada uno de los cónyuges de forma privativa (art. 1.350 CC).

No obstante, el Código Civil establece una presunción a favor de la ganancialidad de los bienes, ya que su artículo 1.361 dispone que se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges.

4.1.B. Régimen de separación de bienes.

Este régimen lo encontramos regulado en los artículos 1.435 a 1.444 CC, y podemos definirlo como un régimen económico en el cada cónyuge conserva su patrimonio, integrado tanto por los bienes que tuviera antes del matrimonio como los que adquiera

⁴⁴ ROZALÉN CREUS, L., *Validez y eficacia de los pactos matrimoniales*, op. cit., pág. 85.

⁴⁵ LEFEBVRE, F., *Regímenes Económico-matrimoniales*, op. cit., p. 101.

con posterioridad, así como su propiedad, disfrute, disposición y administración⁴⁶. Por lo tanto, en este régimen, a diferencia de la sociedad de gananciales, únicamente existen dos patrimonios, el de cada uno de los cónyuges, no existiendo, por tanto, un patrimonio común. Hemos de poner de relieve que es necesario que los cónyuges pacten este régimen económico en capitulaciones para que el mismo les sea de aplicación, no siendo necesario que se acojan expresamente, sino que basta con que del conjunto de estipulaciones que pacten se deduzca la intención de los esposos⁴⁷.

Se trata de un régimen económico supletorio de segundo grado, ya que será de aplicación cuando los cónyuges pactan en sus capitulaciones matrimoniales la exclusión de la sociedad de gananciales sin hacer mención al régimen que debe regir en su lugar (art. 1.345.2 CC). Del mismo modo, será de aplicación cuando, constante el matrimonio, se extinga la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que los cónyuges quisieran otro régimen diferente (art. 1.345.3 CC).

Como decíamos anteriormente, según este régimen cada esposo tiene su propio patrimonio y, por ende, sus propios bienes y derechos diferenciados de los de su consorte, sin que en ningún momento se confundan. No obstante, en el supuesto de que no sea posible determinar a cuál de los cónyuges pertenece un bien o derecho, en este caso el Código Civil establece que corresponderá a ambos por mitad (art. 1.441 CC).

4.1.C. Régimen de participación en las ganancias.

El régimen de participación se encuentra recogido en los artículos 1.411 a 1.434 del Código Civil, y podemos definirlo como un régimen mixto, puesto que presenta características de los dos regímenes anteriores: por un lado, los cónyuges mantienen sus patrimonios como en la separación de bienes, pero en el momento de la disolución del matrimonio tiene caracteres similares a la sociedad de gananciales, ya los cónyuges tienen el derecho de participar en las ganancias que su consorte haya obtenido durante el tiempo de vigencia del régimen de participación⁴⁸.

Por lo tanto, no existe patrimonio común del matrimonio, sino que existen únicamente los dos patrimonios personales pertenecientes a cada cónyuge⁴⁹.

⁴⁶ En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2010 [Roj: 2351/2010] que dice lo siguiente: “*el régimen económico matrimonial de separación de bienes tiene como nota esencial la inexistencia de una comunidad patrimonial por razón de matrimonio. En este régimen cada cónyuge retiene el dominio, administración y disfrute, tanto de los bienes que aporta como de los que adquiera por cualquier título durante el matrimonio, contribuyendo a las cargas comunes en la proporción convenida o en proporción a su haber, constituyendo la negación de toda asociación pecuniaria entre los esposos, siendo, pues, un régimen de independencia el que impera, bajo el cual cada uno conserva, no solamente la propiedad, sino también la administración y el goce de sus bienes*”.

⁴⁷ LEFEBVRE, F., *Regímenes Económico-matrimoniales*, op. cit., p. 329.

⁴⁸ ROZALÉN CREUS, L., *Validez y eficacia de los pactos matrimoniales*, op. cit., P. 102.

⁴⁹ En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2000 [Roj: 749/2000]

Al igual que sucedía con la separación de bienes, para que este régimen económico sea el que regule la vida económica del matrimonio, es necesario que el mismo sea pactado por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales.

En cuanto a la determinación de las ganancias, éstas se calcularán por las diferencias del patrimonio inicial y final de cada cónyuge (art. 1417 CC), lo cual puede hacerse por el sistema legal o el convencional:

En el caso del sistema que ofrece el Código Civil, hay que distinguir dos supuestos:

- a. Que la diferencia sea positiva para ambos cónyuges, en cuyo caso el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento, percibirá la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge (art. 1.427 CC).
- b. Que la diferencia sea positiva solo para uno de los cónyuges, en tal caso el cónyuge cuyo patrimonio no haya tenido resultado positivo, percibirá la mitad de los incrementos obtenidos por el otro (art. 1.428 CC).

En el supuesto del sistema convencional, los cónyuges pueden pactar una participación distinta, pero se deben observar dos limitaciones:

1. Deberá regir por igual y en la misma proporción para ambos cónyuges (art. 1.429 CC).
2. Si existen descendientes no comunes, no podrá acordarse una participación que no sea por mitad (art. 1.430 CC).

4.1.D. El régimen económico matrimonial en las legislaciones forales.

• Aragón

La normativa aplicable a los matrimonios sometidos al Derecho aragonés viene recogida en el Código de Derecho Foral Aragonés⁵⁰, concretamente dedica sus artículos 183 a 302 a la regulación de esta institución. Según el mismo, las partes podrán acordar en capitulaciones el régimen económico de su matrimonio, pero en defecto de acuerdo, serán de aplicación las normas relativas al consorcio conyugal (art. 193). En el caso de que las partes excluyan o disuelvan el consorcio conyugal, será de aplicación el régimen de separación de bienes, si los cónyuges no han pactado otro distinto (art. 203).

El consorcio conyugal que regula el Código aragonés es muy similar a la sociedad de gananciales del derecho común, pues además de los privativos, existe un patrimonio común de los cónyuges, conteniendo el propio código reglas que determinan cuándo un bien es privativo (arts. 211 y 212) y cuándo es consorcial (art. 210), si bien existen ciertas peculiaridades en las que no entraremos ya que no es objeto de este trabajo.

• Islas Baleares

Las normas reguladoras de los matrimonios a los que sea de aplicación el Derecho de las Islas Baleares se encuentran recogidas en la Compilación de Derecho Civil de

⁵⁰ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

Baleares⁵¹, según la cual se establece como régimen económico legal supletorio el de separación de bienes (arts. 3 y 67). Aunque la propia Compilación parece hacer una distinción por un lado entre Mallorca y Menorca, y Formentera e Ibiza por otro, viene a regular de la misma forma esta institución, con la única particularidad que las capitulaciones matrimoniales en los primeros se llaman capítulos, y “espòlits” en los segundos.

- **Galicia**

Por su parte, a los matrimonios sometidos al Derecho Civil de Galicia⁵² les serán de aplicación los artículos 171 a 180 de dicha ley, en lo que respecta al régimen económico familiar. En virtud de la misma, en defecto de convenio entre los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, o ineficacia del mismo, el régimen de aplicación será la sociedad de gananciales (art. 171).

Como particularidad de esta norma podemos señalar que la misma contempla expresamente que los cónyuges pueden pactar la liquidación total o parcial de la sociedad y las bases para realizarla, con plena eficacia al disolverse la sociedad conyugal (art. 172).

- **Cataluña**

En el caso de los matrimonios sometidos al Derecho catalán, les será de aplicación las normas contenidas en el Código Civil de Cataluña⁵³, concretamente en su libro segundo, en virtud del cual, si no existe pacto al respecto del régimen económico que debe regular el matrimonio, convenido en capítulos matrimoniales, o son ineficaces, será de aplicación el de separación de bienes (art. 231-10).

No obstante, este Código regula, además de la separación de bienes y el régimen de participación en las ganancias, otros regímenes económicos, propios de distintas regiones de Cataluña. Así:

- El régimen de asociación a compras y mejoras (art. 232-25 a 27), que es propio del Campo de Tarragona y de otras comarcas, en virtud del cual cada cónyuge puede asociar al otro a las compras y mejoras que haga durante el matrimonio, pudiendo hacerse de forma recíproca.
- El régimen de agermanament o pacto de mitad por mitad (art. 232-28), que es propio de Tortosa, que implica la existencia de una comunidad de los cónyuges que incluye todos los bienes que tengan al casarse o en el momento de convenir este pacto, los que adquieran por cualquier título y las ganancias o lucros de todo tipo mientras subsista el régimen, es decir, se trata de una comunidad universal en la que se hacen comunes todos los bienes presentes y futuros de los cónyuges.
- El pacto de convivència o mitja guanyeria (art. 232-29), que es propia del Valle de Arán, cuya particularidad es que se trata de una comunidad que puede establecerse

⁵¹ Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares.

⁵² Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

⁵³ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

también entre progenitores e hijos, e incluso entre extraños, pactando que los bienes ganados y los que se ganarán queden en la comunidad.

- El régimen de comunidad de bienes (art. 232-30 a 38), que es muy similar a la sociedad de gananciales, estableciendo igualmente las reglas que determinan qué bienes son privativos y cuáles son comunes.

- **Navarra**

A los matrimonios a los que sea de aplicación el Derecho navarro, la normativa se encuentra recogida en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra⁵⁴, en virtud de la cual, si los cónyuges no han pactado en capitulaciones el régimen económico al que han de quedar sometidos, el régimen legal supletorio que se les aplicará será el de la sociedad de conquistas (art. 87), que es un régimen parecido a la sociedad de gananciales, puesto que existe un patrimonio común de los cónyuges, estableciéndose en la propia ley los criterios que determinan si un bien tiene naturaleza común (o de conquista) o privativa (arts. 88 y 89). Así mismo, esta ley también contempla el régimen de comunidad universal de bienes, en cuya virtud se hacen comunes todos los bienes presentes y futuros de los cónyuges, sea cual fuere el título de adquisición (art. 100).

- **País Vasco**

Las normas relativas al régimen económico de los matrimonios a los que sea de aplicación el Derecho Vasco se encuentran recogidas en la Ley de Derecho Civil Vasco⁵⁵, y según el mismo, a falta de pacto en capitulaciones o si éste es ineficaz, será de aplicación la sociedad de gananciales del Código Civil (art. 127). Ahora bien, hemos de realizar dos matizaciones:

1. Si los dos contrayentes son vecinos de la tierra llana de Bizkaia, de Aramaio o Llodio, a falta de pacto, el matrimonio se regirá por el régimen de comunicación foral de bienes.

2. En el caso de que solo uno de los cónyuges tenga la vecindad civil de uno de los territorios anteriores, regirá, a falta de pacto, el régimen de bienes correspondiente a la primera residencia habitual común de los cónyuges, y a falta de ésta, la que corresponda al lugar de celebración del matrimonio.

El régimen de comunicación foral de bienes supone que se harán comunes, por mitad entre los cónyuges, todos los bienes, derechos y acciones, de la procedencia que sean, y por cualquier título, tanto los aportados como los adquiridos constante el matrimonio y sea cual fuere el lugar en el que radiquen. La peculiaridad de éste régimen es que la comunicación foral se consolida con la muerte de uno de los cónyuges, cuando tienen descendientes comunes, y se transforma en comunidad de bienes entre el cónyuge viudo de una parte, y los hijos o descendientes que sean sucesores del premuerto, de otra, hasta la división y adjudicación de los bienes (art. 140). En el supuesto de la muerte de uno de los esposos, sin que el matrimonio tuviere descendientes comunes, o el mismo se

⁵⁴ Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

⁵⁵ Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

disolviera por sentencia de separación, nulidad o divorcio, en este caso la comunidad se reduciría a los bienes gananciales, excluyéndose los que hubiesen aportado cada uno al matrimonio (arts. 145 y 146).

- **Fuero de Baylío**

Hemos de hacer mención a este derecho consuetudinario propio de determinados territorios de Extremadura, cuya vigencia, aunque existen autores que la niegan, es indiscutible, pues la misma ha sido admitida por nuestros Tribunales⁵⁶, y la encontramos reconocida por el Estatuto de Autonomía de Extremadura (arts. 9.4 y 50.2.b)⁵⁷. El Fuero Baylío consiste en una comunidad universal, en la que se comunican todos los bienes, sean cuales sean los títulos por los que se adquirieron, y partiéndose los mismos por mitad entre los cónyuges⁵⁸.

4.2. Relativos a la relación entre los cónyuges.

Como venimos diciendo a lo largo de este trabajo, los pactos matrimoniales son la forma que tienen los cónyuges de autorregular su vida matrimonial, tanto los aspectos relacionados con su convivencia como las consecuencias de una posible ruptura del vínculo matrimonial, pudiendo establecer aquellos pactos que más se adapten a sus necesidades y a su forma de entender el matrimonio, haciéndolo en un momento en el que es más fácil llegar a acuerdos satisfactorios para ambas partes, puesto que no existe tensión entre las esposos y, por lo tanto, van a tender a ser más racionales y a querer buscar la mejor solución a las cuestiones que se les plantee.

Las materias sobre las que pueden versar dichos pactos pueden ser muy variadas. En este apartado trataremos alguno de los pactos más característicos que puede establecer los cónyuges que afectan a la relación entre ambos.

4.2.A. Limitación de la facultad de instar la separación o divorcio.

La duda que se suscita en torno a este tema es la validez de un pacto que limitase la posibilidad de instar la separación y/o el divorcio. Pero para ello debemos diferenciar dos supuestos: por un lado, la viabilidad de limitar la separación y el divorcio mediante el establecimiento de causas o, directamente, la prohibición de usar este derecho; y por otro, la indemnización por ruptura.

Respecto del establecimiento de causas para poder instar la separación o el divorcio, o directamente la prohibición a cualquiera de los cónyuges de hacer uso de esta facultad, debemos atender a la reforma del Código Civil de 2015, en la que se eliminan las causas de separación y divorcio y no se exige más requisito para poder instar una u otra que el

⁵⁶ En este sentido, la STS de 11 de marzo de 2015 [Roj ATS 1542/2015] que declara la competencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Extremadura; o la STSJ de 5 de noviembre de 2015 [RJ 2/2015].

⁵⁷ Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

⁵⁸ PERALTA Y CARRASCO, M., “El llamado Fuero Baylío. Historia y vigencia del fuero extremeño”, *Brocar: Cuadernos de investigación histórica*, 2000, p. 7 – 18.

que hayan transcurrido 3 meses desde la celebración del matrimonio y se solicite, al menos, por una de las partes. Un pacto que estableciese este tipo de causas sería nulo, toda vez que iría en contra, no solo del espíritu de la ley que modifica el Código Civil y que se recoge en su exposición de motivos⁵⁹, sino también contra el libre desarrollo de la personalidad reconocido en el art. 10 CE.

Por otro lado, en lo referente a la validez de la indemnización por ruptura, cuando la separación o el divorcio se instara por uno solo de los cónyuges en contra de la voluntad del otro, no existe un criterio unánime. Así, la Audiencia Provincial de Almería, en un caso en el que se pacta en capitulaciones una indemnización, a cargo del esposo, en caso de cese de la convivencia que se iría incrementando por cada mes de matrimonio, lo siguiente: *“la referida cláusula es nula por aplicación del art. 1328 del C. Civil, que considera así cualquier estipulación limitativa de los derechos que corresponden a cada cónyuge. En efecto, de admitirse la validez de la estipulación se estarían autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho a la separación matrimonial reconocido implícitamente en el art. 32.2 de nuestra Constitución, lo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de derechos de los cónyuges y los colocaría a uno de ellos en desigualdad no sólo con respecto al otro en el ámbito de ese matrimonio sino en general con los demás al limitarse la posibilidad de instar esa separación matrimonial⁶⁰”*. Por su parte, MARTINEZ ESCRIBANO⁶¹ considera viable el pacto en este sentido, pero matiza que la misma debe garantizar la igualdad de los cónyuges, existiendo dicha cláusula para ambos pero adecuada a la situación económica de cada uno, puesto que si existen diferencias importantes en este ámbito podría suponer que la referida cláusula supusiera un gran esfuerzo económico para uno pero para el otro no supusiera un gran perjuicio.

No obstante, recientes sentencias del Tribunal Supremo, como la de 24 de junio de 2015⁶², avalan la eficacia de dichos pactos, toda vez que, como apuntábamos anteriormente, no sean contrarios a la ley, la moral y el orden público, su cumplimiento no quede al arbitrio de uno de los cónyuges, no sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, no atenten contra el principio de igualdad, el derecho a la dignidad o libertad personal de la Constitución, y que no exista una alteración (sustancial) sobrevenida de las circunstancias.

⁵⁹ La exposición de motivos de la Ley 15/2015 Ley 15/2015, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, recoge expresamente lo siguiente: *“esta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial. Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación.”*

⁶⁰ SAP de Almería (Sección 2ª) de 17 de febrero de 2003 [CJ 33081/2003]

⁶¹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, op. cit., p.94.

⁶² STS de 24 de junio de 2015 [Roj: 2828/2015]

Por último, hemos de poner de relieve el supuesto en que uno de los cónyuges quiera instar la separación o el divorcio porque el otro haya incumplido con sus deberes conyugales (por ejemplo, una infidelidad), en este caso, y coincido con GASPAR LERA⁶³, para evitar ese resultado injusto, “*sería conveniente que la eficacia del pacto se condicionara al hecho de no haber incumplido el beneficiario ningún deber conyugal propiciando con ello la ruptura*”.

4.2.B. Elección del domicilio y pactos sobre la vivienda familiar.

Como apuntábamos anteriormente, el Código Civil permite a los esposos determinar cuál será el domicilio conyugal, pero habrán de hacerlo de mutuo acuerdo, y a falta de ese acuerdo, será el Juez quien lo fije teniendo en cuenta el interés de la familia (art. 70 CC). Ahora bien, un pacto que limitase la elección de domicilio de los excónyuges tras la crisis matrimonial (por ejemplo, el pacto que restringiese el lugar de residencia de uno de ellos) no sería válido, toda vez que supondría una vulneración del art. 19 CE que declara la libertad de residencia⁶⁴.

En cuanto al destino de la vivienda familiar, como efecto derivado de la separación o divorcio, es un tema plenamente disponible para los cónyuges sobre el que pueden pactar de forma preventiva. No obstante, esta materia tiene un límite, que es su posterior control judicial para evitar que sea gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges o dañosos para los hijos⁶⁵, lo que puede desembocar en dos soluciones que contempla el art. 96 CC:

1. Si existen hijos: el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

2. No hay hijos: se puede acordar que el uso de la vivienda corresponda al cónyuge no titular, por el tiempo que prudencialmente se fije, siempre que fuera aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Ahora bien, el uso de la vivienda familiar puede condicionarse en, al menos, un sentido, que ha sido admitido por la Jurisprudencia reciente⁶⁶, y es aquel supuesto en el que el cónyuge custodio, a cuyos hijos se les atribuyó el uso de la vivienda familiar, introduce en la vivienda a un tercero con el que mantiene una relación estable de pareja. En este sentido, sí sería posible un pacto que suprimiera el derecho de uso de la vivienda

⁶³ GASPAR LERA, S., “Acuerdos matrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”, op. cit., 1055.

⁶⁴ ROZALÉN CREUS, L. *Validez y eficacia de los pactos matrimoniales*, op. cit., 197.

⁶⁵ SILLERO CROVETTO, B., “Pactos en previsión de crisis matrimonial: legalidad y contenido”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 769, págs. 2780-2807.

⁶⁶ STS de 20 de noviembre de 2018 [Roj: 3882/2018] “*El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (sentencia 726/2013, de 19 de noviembre). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza “por servir en su uso a una familia distinta y diferente”, como dice la sentencia recurrida*”.

familiar cuando se dieran dichas condiciones, ya que la vivienda ya no sirve a los fines de la familia preexistente, sino que su uso ahora sirve a una familia diferente.

4.2.C. Incumplimiento deberes conyugales.

A pesar de que, como hemos apuntado dentro de los límites a la autonomía de la voluntad, tanto la doctrina como la jurisprudencia no consideran los deberes conyugales más allá de simples deberes morales, cabría preguntarse si los cónyuges podrían acordar algún tipo de pacto respecto a los mismos.

Aunque existe algún autor que considera que los deberes conyugales son auténticas obligaciones jurídicas cuyo incumplimiento puede ser resarcido por la vía del art. 1.902 CC sobre responsabilidad extracontractual (pues el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia, por lo que no sería posible acudir a la vía del art. 1.101 CC)⁶⁷, lo cierto es que la jurisprudencia niega la posibilidad de exigir indemnización alguna con base en la inobservancia de dichos deberes, y así lo explica la STS de 13 de noviembre de 2018⁶⁸, haciendo referencia a la STS de 30 de julio de 1999⁶⁹, en un supuesto de infidelidad, en el que la mujer le oculta a su marido (luego exmarido) que realmente no era el padre del que había venido considerando como su hijo, resolviendo de la siguiente forma: *“No se niega que conductas como esta sean susceptibles de causar un daño. Lo que se niega es que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar. Esta solución no deja sin aplicación el sistema general de la responsabilidad civil prevista en el artículo 1902 del Código Civil ni, por supuesto, deja sin sancionar el daño generado por otra suerte de conductas propias del ámbito penal y de los derechos fundamentales. Simplemente, acota el daño indemnizable a supuestos que, en el marco de la relación de matrimonio rota por el divorcio, supuesto en el que tiene encaje el recurso formulado, no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad del artículo 68 del Código Civil, sino en la condición de persona afectada por la acción culposa o negligente de quien lo causa. Conductas como la enjuiciada tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio, como señala la sentencia 701/199, mediante la separación o el divorcio, que aquí ya se ha producido, y que no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de la filiación. Se trata de unos deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con medidas distintas, como ocurre con la nulidad matrimonial, a través de una indemnización al cónyuge de buena fe - artículo 98 del CC-. Con una regulación, además, tan específica o propia del derecho de familia, que permite*

⁶⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *Diario La Ley*, nº 6676, 2007, p. 1.

⁶⁸ STS de 13 de noviembre de 2018 [Roj: 3700/2018]

⁶⁹ STS de 30 de julio de 1999 [Roj: 5489/1999]

obtener, modificar o extinguir derechos como el de la pensión compensatoria del artículo 98 del CC, o decidir sobre la custodia de los hijos habidos de la relación matrimonial, al margen de esta suerte de conductas, pues nada se dice sobre las consecuencias que en este ámbito tiene la desatención de los deberes impuestos en el artículo 68 CC”.

Innegablemente, los derechos y deberes que se contemplan en los artículos 67 y 68 CC no son disponibles para las partes en el sentido de su exclusión, pero nada obsta para que los esposos puedan pactar algún tipo de indemnización para el caso de que uno de ellos incumpliera.

De hecho, teniendo en cuenta las diferentes concepciones que existen en torno al matrimonio, su forma de entenderlo, y que difieren de unas parejas a otras, un pacto entre los cónyuges en este sentido permitiría a los mismos configurar su matrimonio conforme a sus propias convicciones, dando una especial trascendencia al incumplimiento de aquellos deberes que consideren más importantes, otorgando al mismo tiempo seguridad jurídica a los esposos sobre su posible resarcimiento, e incluso haciendo que las consecuencias de una posible ruptura matrimonial fuesen más justas para ellos⁷⁰.

4.2.D. Contribución a las cargas del matrimonio.

El levantamiento de las cargas familiares es una obligación que el Código Civil impone a ambos cónyuges en su artículo 1.318, y es un deber que se comprende dentro del régimen económico primario del matrimonio.

Aunque no existe un concepto legal sobre lo que debemos entender por cargas del matrimonio, nuestro Tribunal Supremo ha declarado que *“La descripción más ajustada de lo que puede considerarse cargas del matrimonio la encontramos en el art. 1362, 1ª del C. Civil , mencionando los gastos relativos al sostenimiento de la familia, alimentación y educación de hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia, que se limita a los esposos y sus hijos”*⁷¹.

La forma de contribución a dichas cargas será a cargo del caudal común, en el caso de la sociedad de gananciales (art. 1.362 CC) y, a falta de convenio, de forma proporcional a sus respectivos recursos económicos, en el supuesto de separación de bienes o del régimen de participación (art. 1.438 CC).

El pacto en virtud del cual se exonera a uno de los cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares es una cuestión controvertida en la doctrina, tal y como recoge RIBERA BLANES⁷² que expone que autores como Lacruz Berdejo o Domenge Amer admiten la validez del pacto sin ningún inconveniente, ya que el mismo se ajustaría a las circunstancias personales del matrimonio. Otros, como Rebolledo Varela o Pastor Álvarez, admiten la validez de la cláusula, pero exigiendo la concurrencia de

⁷⁰ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, op. cit., págs. 102 – 103.

⁷¹ STS de 17 de febrero de 2014 [Roj: 494/2014]

⁷² RIBERA BLANES, B., “Determinación convencional de la contribución a las cargas”, *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

determinadas circunstancias, como que exista causa que lo justifique o que el cónyuge exonerado carezca de recursos económicos. Por último, encontramos el sector doctrinal, dentro del que se encuentra la citada autora, que considera nulo un pacto de tales características ya que el mismo supondría una vulneración de leyes imperativas, concretamente, el deber de contribuir a las cargas del matrimonio impuesto por los arts. 1.318 y 1.438 CC, poniendo de relieve que se trataría de una estipulación que limita la igualdad de los cónyuges (art.1328 CC).

Desde mi punto de vista, un pacto que exonere a uno de los cónyuges de las cargas del matrimonio de forma que recaigan por entero sobre el otro cónyuge, sería nulo por contravenir el principio de igualdad que debe imperar en todo matrimonio, si bien es verdad que un pacto en el que cada uno tenga que aportar de forma proporcional a sus recursos, y uno de los cónyuges no pudiera aportar nada por carecer de ingresos y estar impedido para realizar el trabajo doméstico, supondría la misma consecuencia que un pacto de exoneración, pero la diferencia radica en que en el primer caso la no contribución vendría dada por las circunstancias personales, mientras que en el segundo sería un acuerdo entre los esposos que contravendría la igualdad imperativa que proclama la ley.

Al margen de lo anterior, los cónyuges también podrían establecer un pacto que estableciese cuotas no proporcionales, atendiendo al carácter supletorio de la regla de proporcionalidad que recoge el art. 1.438 CC en defecto de acuerdo, así como la forma de contribución, bien mediante una cantidad fija, una cantidad variable en función de los ingresos o, incluso, determinando los gastos que corresponden a uno y otro cónyuge⁷³.

No obstante, hemos de poner de relieve que, ante la naturaleza dinámica y cambiante de la unidad conyugal, de la unidad familiar y de las relaciones de éstas con su entorno, la eficacia de estos acuerdos se puede ver comprometida, en tanto que una situación sobrevenida de imposibilidad de cumplimiento por parte de los cónyuges (véase por cambios de situaciones laborales, enfermedades, necesidades variables de la familia, etc...), no podría suponer una vulneración del pacto (art. 1.184 CC).

Cabe acotar, que la problemática de estos pactos no sería jurídica (en tanto que son válidos y las aportaciones se podrían cuantificar, a pesar de las posibles dificultades), sino gravosa en las relaciones interpersonales de los cónyuges si éstos no son medianamente flexibles en la aplicación del acuerdo.

4.2.E. Alimentos entre cónyuges.

En lo que respecta a los alimentos, hemos de diferenciar dos situaciones: los alimentos durante el matrimonio y los alimentos después de la crisis matrimonial.

En cuanto a la primera de las situaciones, el Código Civil es taxativo, puesto que establece la obligación recíproca de los cónyuges de darse alimentos, sin que quepa, por lo tanto, pacto en contrario (art. 143 CC). Hemos de recordar, que los alimentos no

⁷³ MORENO VELASCO, V., *La expresión de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en las crisis matrimoniales*, op. cit., p. 58.

comprenden únicamente la comida, sino que el art. 142 del mismo cuerpo legal especifica que se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

En el caso de la separación, el matrimonio sigue subsistiendo y, por ende, los cónyuges no han perdido la condición de tales, por lo que mantienen dicha obligación⁷⁴.

No obstante, los alimentos no consisten siempre en una renta en metálico, sino que el art. 149 CC permite al obligado a prestarlos elegir entre:

- Pagar la pensión que se fije.
- Mantener en su propia casa al alimentista.

Situación distinta es la que surge cuando se extingue el vínculo matrimonial, pues en este caso los cónyuges ya no tienen el deber inexcusable de prestarse alimentos puesto que han perdido la condición que les obligaba a ello.

Ahora bien, cabría preguntarse si es posible un pacto entre los cónyuges sobre este tema antes de que acaezca la crisis matrimonial. La jurisprudencia viene admitiendo esta clase de acuerdos de naturaleza contractual, a los que denomina “contratos de alimentos”, con las características del art. 153 CC, ya que los contratantes no tienen derecho a reclamárselos por haber perdido su condición de cónyuges⁷⁵.

En lo referente a la posibilidad de renuncia del derecho de alimentos, la misma no sería posible, como hemos puesto de manifiesto anteriormente, se trata de un derecho irrenunciable e intransmisible, e incluso tampoco es compensable (art. 151 CC), ya que, en relación con el contenido mínimo de la pensión compensatoria, constituye una protección de las necesidades vitales de una persona⁷⁶.

4.2.F. Pensión compensatoria.

La pensión compensatoria la encontramos regulada en el artículo 97 de nuestro Código Civil, y supone que el cónyuge al que la separación o divorcio le produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación.

⁷⁴ STS de 30 de mayo de 2012 [Roj: 3791/2012] entiende que “*subsistiendo el matrimonio a pesar de la separación, los cónyuges tienen la cualidad de tales y por tanto puede existir esta obligación según dispone el art. 143, 1º CC, al establecer que los cónyuges tienen obligación recíproca de prestarse alimentos*”.

⁷⁵ STS de 4 de noviembre de 2011 [Roj: STS 6998/2011] admite la validez de los pactos sobre alimentos entre excónyuges haciendo referencia a la libertad de pacto que en este sentido se permite en el convenio regulador: “*el convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los ex cónyuges. El pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentista deberá seguir prestándolos*”.

⁷⁶ STS de 10 de octubre de 2008 [Roj: 5995/2008].

Esta compensación podrá consistir en:

- Una pensión temporal.
- Una pensión por tiempo indefinido.
- Una prestación única.

Hemos de matizar que la pensión compensatoria es distinta de la pensión de alimentos y que tampoco tiene naturaleza indemnizatoria, sino que se trata de una prestación singular que busca reestablecer el equilibrio entre los cónyuges, lo que no significa que sea una igualdad entre los patrimonios de los exesposos⁷⁷.

En cuanto a la posibilidad de pacto de los cónyuges sobre este tipo de pensión antes de que surja la crisis matrimonial, hay que diferenciar dos supuestos:

a) Pactos sobre la fijación del importe de la pensión.

En lo que respecta a la validez de acuerdos sobre el importe a percibir por este concepto no existe duda alguna, ya que el propio artículo 97 CC permite a los cónyuges que sean ellos los que determinen dicha cuantía, y a falta de acuerdo será el juez quien determine su importe. Según PINTO ANDRADE⁷⁸, el precepto no matiza si ese acuerdo debe ser actual o puede ser anticipado a la ruptura. El citado autor pone de relieve que “*se podría pactar también su modalización: prestación única o pago periódico, limitaciones de carácter temporal o por tiempo indefinido, causas de extinción... En este punto, la normativa del Código Civil no es tan explícita pues habla de «acuerdo para señalar su importe» pero bajo un argumento a fortiori de que quien puede lo más puede lo menos, entendemos perfectamente admisible pactar la modalización de su pago*”.

De hecho, es amplia la jurisprudencia que proclama que los pactos entre las partes deben ser cumplidos en sus propios términos⁷⁹.

b) Pactos sobre la renuncia a la pensión.

La validez de la renuncia a la pensión compensatoria es un tema ampliamente aceptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Aun así, encontramos posturas reacias a considerar la viabilidad de una renuncia de tales características, apoyándose para ello en

⁷⁷ STS de 22 de junio de 2011 [Roj: STS 5570/2011] “El artículo 97 CC regula el derecho a la pensión compensatoria como una prestación singular, con características propias, notoriamente alejada de la prestación alimenticia en cuanto que, a diferencia de esta, no atiende al concepto de necesidad, razón por la que ambas resultan compatibles, pero también de la puramente indemnizatoria o compensatoria, que responde a un presupuesto básico consistente en la constatación de un efectivo desequilibrio económico, producido en uno de los cónyuges con motivo de la separación o el divorcio, siendo su finalidad restablecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando o lograr equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre estos”.

⁷⁸ PINTO ANDRADE, C., “Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil”, *Diario La Ley*, nº 7571, 2011, p. 3.

⁷⁹ Véase en este sentido la SAP de Vizcaya (Sección 2ª) de 5 de abril de 2000 [CJ 75056/2000]; SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 2 de marzo de 2009 [CJ 63666/2009]; SAP de Madrid (Sección 22ª) de 22 de febrero de 2011 [CJ 26865/2011]

la imposibilidad de renunciar a un derecho que aún no ha nacido o que solo se puede renunciar a lo que existe⁸⁰.

Pero desde hace años nuestro Tribunal Supremo viene remarcando que no nos encontramos ante una norma de derecho imperativo, sino de derecho dispositivo, que puede ser incluida en un convenio regulador o ser pedida en el procedimiento (siempre que se demuestre la concurrencia de las circunstancias que expresa el art. 97 CC), o incluso renunciada por las partes⁸¹.

Por su parte, los partidarios de admitir la validez de la renuncia a la pensión compensatoria fundamentan su postura en que, por un lado, el artículo 1.271 CC permite que las cosas futuras puedan constituir el objeto de un contrato, y por otro, el art. 6.2 CC que permite la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos siempre que no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.

En este sentido la Audiencia Provincial de Madrid es clara cuando admite la renuncia a la pensión esgrimiendo para ello los siguientes argumentos: *“no se trata de una renuncia anticipada a un derecho, sino más bien ante una renuncia a la ley, a la que se refiere el artículo 6,2 del Código Civil, al hablar de la exclusión a la ley aplicable, lo que supone excluir voluntariamente, mediante un negocio jurídico, el régimen regulador de un determinado derecho, lo que implica la previa renuncia de los derechos aún no ingresados en el patrimonio de su eventual titular, por haberlo dispuesto así voluntariamente los destinatarios de la norma dispositiva, que han sustituido la regulación de una determinada institución, la pensión compensatoria en nuestro caso, por otra distinta”*⁸².

No obstante, a pesar de existir un reconocimiento general sobre la validez de este pacto existen diversas consideraciones que debemos realizar al respecto:

En primer lugar, la renuncia la pensión compensatoria no puede violar el principio de igualdad entre los cónyuges, igualdad que no tiene porqué obedecer a una renuncia recíproca de este derecho, sino que la renuncia realizada por uno de los cónyuges puede quedar contrarrestada con otro tipo de ventajas económicas que no supongan una violación de dicho principio. Ahora bien, la renuncia recíproca implicaría de forma automática que se están respetando tanto el principio de dignidad como el de igualdad de

⁸⁰ En este aspecto la SAP de Asturias (Sección 5ª) de 12 de diciembre de 2000 [CJ 226342/2000], haciéndose eco de la STS de 18 de noviembre de 1957 [Roj: STS 1367/1957] que expresa que *“la renuncia a los derechos o beneficios otorgado o concedidos por las leyes, solo cabe respecto de los que tienen por objeto algún concreto elemento de los que se hallen en el patrimonio jurídico del denunciante, por haberlos adquirido ya éste en el momento de la renuncia, [...], no se puede renunciar a un derecho que todavía no ha nacido, o solo se puede renunciar a lo que existe, al decir que no se puede renunciar a un derecho a la sazón inexistente, lo que aplicado al presente caso al haberse hecho la renuncia varios años antes de la demanda de separación ha de reputarse nula de pleno derecho”*.; o la SAP de Málaga (Sección 6ª) de 18 de febrero de 2018 [CJ 100757/2008].

⁸¹ STS de 2 de diciembre de 1987 [Roj: 7718/1987]

⁸² SAP de Madrid (Sección 22ª) de 27 de febrero de 2007 [CJ 37166/2007]

los cónyuges⁸³. No obstante, según CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO “solo la valoración conjunta de los aspectos económicos de la crisis matrimonial permitiría resolver en torno a si esta renuncia quiebra o no la igualdad de los esposos⁸⁴”.

En segundo lugar, una parte de la doctrina entiende que la pensión compensatoria tiene una función asistencial que es irrenunciable, e implica que si el cónyuge que expresó dicha renuncia, en el momento de la crisis matrimonial no es capaz de atender sus necesidades más básicas, es decir, careciere de lo imprescindible para vivir dicha renuncia deberá ser valorada por el juez en tanto que supondría un grave perjuicio para uno de los cónyuges, pudiendo suponer que la renuncia no desplegase sus efectos⁸⁵.

Por último, hemos de poner de relieve el papel que juega en esta materia la cláusula *rebus sic stantibus* (“estando así las cosas”), ya que una alteración sobrevenida de las circunstancias podría poner en peligro la validez del pacto sobre la renuncia a la pensión compensatoria. Para que entrase en juego esta cláusula, en palabras de PINTO ANDRADE⁸⁶, es necesario que los hechos que se invoquen tengan dos características: “*en primer lugar, que los hechos invocados a tal fin han de ser unos posteriores al tiempo de la adopción de las medidas que se pretenden revisar, y, en segundo lugar, que deben gozar de una entidad importante (sustancial), que es lo que permitirá una modificación, que siempre ha de tener una índole excepcional*”. Ahora bien, la apreciación de esta cláusula por los tribunales para negar eficacia a la renuncia de la pensión deberá hacerse de forma restrictiva, pues de otro modo se vería comprometido el principio de seguridad jurídica⁸⁷.

4.3. Pactos relativos a los hijos.

La existencia de hijos menores en una familia puede ser fuente de grandes controversias, pues al carecer éstos de capacidad de obrar suficiente, deben ser los padres los que decidan por ellos y, en no pocas ocasiones, opinan de distinta manera, lo que puede desembocar en un conflicto. Estas discrepancias surgen no solo durante la convivencia, sino también tras la crisis matrimonial, donde es aún más complicado que los excónyuges lleguen a acuerdos que sean satisfactorios tanto para los hijos como para ellos mismos.

De ahí la importancia de los pactos matrimoniales en esta materia, ya que los mismos, al ser previos al conflicto (y, por lo tanto, en un clima pacífico), posibilitan que los progenitores lleguen a acuerdos más acertados sobre la vida de sus hijos, ya que dejan a

⁸³ CERVILLA GARZÓN, M. D., “Acuerdos prematrimoniales y ruptura conyugal. Algunas consideraciones al hilo de las Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018 y de 15 de octubre 2018”, *Diario La Ley*, nº 9301, 2018, p. 5.

⁸⁴ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, op. cit., p.182.

⁸⁵ GASPAS LERA, S., “Acuerdos matrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”, op. cit., p. 1006

⁸⁶ PINTO ANDRADE, C., “Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil”, op. cit., p. 7

⁸⁷ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, op. cit., págs. 189 – 199.

un lado sus propios intereses personales (recordemos que, en los momentos de crisis, por diversas circunstancias, los padres pueden querer determinadas medidas sobre los menores con el único propósito de perjudicar al otro progenitor o mantener vivo el conflicto).

De hecho, en este punto, y dado que lo que acuerden los cónyuges afecta a terceros, los hijos, es interesante la participación que pueden tener los mismos en la elaboración de un pacto de estas características (en el sentido de que sean oídos y tenidos en cuenta), siempre y cuando tuvieren la suficiente madurez, pues al fin y al cabo se trata de decisiones que les influyen.

En este apartado trataremos algunos aspectos sobre los que los cónyuges pueden establecer sus propios pactos que afecten a los hijos, tanto durante la convivencia como tras la crisis matrimonial.

4.3.A. Patria Potestad.

La patria potestad es un conjunto de facultades atribuidas a los progenitores que deben ejercer en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, y respetando en todo caso sus derechos y su integridad física y mental (art. 154 CC).

Esas facultades se recogen en el artículo citado y son las siguientes:

- Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- Representarlos y administrar sus bienes.

Como hemos comentado en los límites a la autonomía de la voluntad, la patria potestad es un derecho-deber de carácter obligatorio que por su carácter personalísimo es indisponible, irrenunciable e imprescriptible⁸⁸, no siendo posible, por tanto, el pacto a través del cual se excluya de la patria potestad a uno de los cónyuges, puesto que la privación total o parcial de la misma únicamente puede realizarse mediante sentencia por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad o dictada en causa criminal o matrimonial (art. 170 CC).

Cosa distinta es el ejercicio de la patria potestad, pues la misma puede llevarse a cabo conjuntamente o por uno solo de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro (art. 156 CC). De lo anterior podemos deducir que el Código Civil permite aquellos pactos en virtud de los cuales la patria potestad sea ejercida por uno de los cónyuges, ya que, mediante dicha cláusula, el otro está prestando su consentimiento para que así sea. De la misma forma, mediante la aplicación del argumento *a fortiori a maiore ad minus* (quien puede lo más puede lo menos), en tanto que, si mediante la autonomía de la voluntad los cónyuges pueden excluir del ejercicio de la patria potestad a uno de ellos, a mayor razón podrán establecer aquellos pactos que supongan una distribución de

⁸⁸ SAP de Zamora de 2 de junio de 1998 [CJ 67156/1998]

su ejercicio, estableciendo, por ejemplo, los ámbitos en los que va a decidir cada uno respecto de sus hijos.

Lo anterior no es solo de aplicación durante la convivencia de los cónyuges, sino también, y quizás tenga más relevancia entonces, tras la ruptura del vínculo conyugal. De facto, el art. 92.4 CC permite a los padres acordar en el Convenio Regulador que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

No hemos de olvidar que, en este ámbito, son muy variadas las cuestiones relacionadas con la vida de los hijos sobre las que los padres tienen que decidir y que, en no pocas ocasiones, pueden dar lugar a discrepancias que acaben en conflicto. Así, a modo de ejemplo, podemos citar⁸⁹:

- Cuestiones religiosas, tales como el bautizo, la comunión...
- Aspectos relacionados con la educación, como el tipo de enseñanza (pública o privada), clases particulares, actividades extraescolares...
- Asuntos médicos, como vacunaciones, intervenciones quirúrgicas...

No obstante, la eficacia de estos acuerdos puede peligrar ya que, en caso de desacuerdo, o incluso alegando el interés superior del menor, cualquiera de los cónyuges podría acudir al juez, quien tras oír a ambos progenitores y al hijo cuando tenga suficiente madurez o sea mayor de 12 años, determinará a quien le corresponde la facultad de decidir (art. 156 párrafo 3º CC).

4.3.B. Guarda y custodia.

La guarda y custodia es una materialización del deber que tienen los padres para con sus hijos de tenerlos en su compañía, y que deriva directamente de la patria potestad⁹⁰. Durante la vigencia del matrimonio, esta cuestión no tiene trascendencia, pues los cónyuges viven juntos y los hijos van a convivir con ambos. El problema surge en el momento en que dicha convivencia se rompe como consecuencia de la separación y/o el divorcio, pues hay que decidir con quién van a vivir los menores, si de forma exclusiva con un progenitor, atribuyendo al otro un régimen de visitas, o bien de forma compartida con ambos, distribuyendo el tiempo a partes iguales entre los padres.

La validez de estos pactos, tanto antes de la aparición de la crisis matrimonial, como una vez surgida ésta, no se cuestiona. Tanto la propia ley⁹¹ como la jurisprudencia⁹² dan

⁸⁹ PÉREZ MARTÍN, A. J., *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio Regulador. Procedimiento consensual*, op. cit., p. 182.

⁹⁰ ROZALÉN CREUS, L. *Validez y eficacia de los pactos matrimoniales*, op. cit., 153.

⁹¹ El artículo 90 CC relativo al convenio regulador, expresa que los cónyuges deberán regular a quién le corresponderá el cuidado de los hijos.

O el artículo 774 LEC que permite a los cónyuges, en la vista del juicio, someter al tribunal los acuerdos a los que hubiesen llegado para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio.

O el art. 777 LEC, concede a los cónyuges un plazo de 10 días para proponer un nuevo convenio regulador cuando la sentencia no lo hubiese aprobado en todo o en parte.

⁹² En este sentido, la STS de 14 de febrero de 2005 [Roj: 819/2005] que proclama la primacía de lo pactado en el convenio regulador, limitando la intervención judicial a aquellos supuestos en los que se pueda

prioridad a los acuerdos a los que hubieran llegado los cónyuges sobre el cuidado de los hijos, si bien estarán sometidos a control judicial en aras de evitar que sean dañosos para los menores.

Por otro lado, no es posible el establecimiento de cláusulas que condicionen la guarda y custodia y que afecten a derechos fundamentales⁹³. En este sentido, no es posible la inclusión de pactos que determinen que, en el caso de que el progenitor que ostente en exclusiva la guarda y custodia tenga una nueva relación de pareja con otra persona, la custodia pasará directamente al otro progenitor, ya que se estaría atentando contra la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Tampoco sería válido el pacto por el que se condicionara la custodia a que el progenitor que tenga consigo a los menores resida o no resida en determinado lugar, puesto que supondría una violación del derecho a la libertad de residencia (art. 19 CE).

No obstante, hay que matizar en esta materia, como dice PÉREZ MARTÍN⁹⁴, que *“no es que el cambio de residencia o la convivencia del progenitor custodio con una tercera persona en el domicilio familiar no puedan tener su influencia de cara a un procedimiento de modificación de medidas, ya que se trataría de hechos nuevos que no concurrían en el momento de suscribirse el convenio regulador, sino que lo que no se admite por los tribunales es que sean causa automática para el cambio de custodia”*.

4.3.C. Alimentos.

El derecho de alimentos a los hijos viene recogido tanto en el art. 154 CC, como uno de los deberes que tienen los padres para con sus hijos, como en el art. 143 CC, como una obligación que existe entre los parientes más cercanos, siendo una manifestación del art. 39 CE, que recoge la protección de la familia en general, y la asistencia de los hijos de forma más concreta. Pero lo cierto es que dicho derecho-deber de alimentos en relación

perjudicar a los hijos: *“en lo que respecta al valor de los convenios entre los padres, [...] reconoce a los progenitores un amplio campo de libertad en el ejercicio de su función de patria potestad en que no cabe un dirigismo, por parte de los poderes públicos, cuya intervención -sin perjuicio de sus deberes de prestación- está limitada a los supuestos en que en el ejercicio de la función se lesione o ponga en peligro al menor, lo que explica el carácter y sentido de la intervención judicial sobre los acuerdos a que hayan llegado los progenitores en sus crisis matrimoniales o de rupturas de relaciones de otra índole, en que estén implicados sus hijos menores”*.

⁹³ Así la SAP de A Coruña (Sección 6ª) de 7 de mayo de 2002 [CJ 87305/2002] declara la nulidad de este tipo de cláusulas: *“la declaración de nulidad de ciertas cláusulas del convenio regulador, concretamente la de que «para el caso de que la madre llegase a tener relación de pareja con otra persona, la custodia de las hijas pasaría al padre, salvo que éste también tenga relación de pareja», así como que «el padre también obtendrá la custodia de sus hijas en caso de que la madre traslade su residencia fuera de Santiago de Compostela o no pueda pernoctar con sus hijas en esta ciudad»*. Ciertamente que lo primero supone un claro atentado contra la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad, que no se justifica en un hipotético interés de las menores”.

⁹⁴ PÉREZ MARTÍN, A. J., *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio Regulador. Procedimiento consensual*, op. cit., p. 189.

con los hijos tiene que ver más con el hecho de la filiación que con la patria potestad, puesto que se mantiene aun cuando esta última se ha extinguido⁹⁵.

Dado el carácter personalísimo de este derecho, el mismo presenta las notas de irrenunciable, intransmisibile e indisponible (arts. 151 y 1814 CC), y tampoco es compensable. Con lo cual, un pacto matrimonial entre los cónyuges en virtud del cual se excluya a uno de ellos de esta obligación sería nulo.

Cosa distinta es el pacto, como sucedía con las cargas del matrimonio, a través del cual los esposos establezcan cómo van a hacer frente a esa obligación, fijando los gastos que va a asumir cada uno o la proporción de su contribución, durante la convivencia, o la cuantía y forma de pago de la pensión alimenticia, tras la crisis matrimonial, existiendo como único límite a ese pacto que el mismo no resulte perjudicial para el menor, que deberá observarse en el momento en que sea exigible⁹⁶.

De hecho, la Jurisprudencia actual viene admitiendo la validez de este tipo de pactos recogidos en convenios privados no aprobados judicialmente⁹⁷. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2018 reconoce la validez de un pacto sobre la pensión alimenticia que fijaron los esposos en un acuerdo privado durante su separación, expresando lo siguiente: *“Los acuerdos sobre medidas relativas a hijos comunes, menores de edad, serán válidos siempre y cuando no sean contrarios al interés del menor, y con la limitación impuesta en el art. 1814 CC, esto es, que no cabe renunciar ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre los progenitores, ni someterse condicionalmente en beneficio de los menores. En consecuencia, la sentencia recurrida no contradice la doctrina de la sala, pues respeta el interés del menor al valorar el acuerdo en cuestión, tanto de alimentos ordinarios como de gastos extraordinarios por tal concepto”*.

4.4.D. Orden de los apellidos.

Según lo dispuesto en el artículo 109 CC la filiación determina los apellidos de los hijos. Antes de la reforma de 1999⁹⁸, siempre el primer apellido correspondía al primero del padre y el segundo apellido al primero de los personales de la madre.

Tras la entrada en vigor de dicha ley, que modifica el art. 109 CC, el mismo queda redactado de la siguiente manera: *“Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley”*.

⁹⁵ MUÑOZ GARCÍA, C., “Alimentos a favor de los hijos en supuestos de ruptura matrimonial”, *Diario La Ley*, nº 8224, 2014, p. 4.

⁹⁶ CERVILLA GARZÓN, M. D., “Acuerdos prematrimoniales y ruptura conyugal. Algunas consideraciones al hijo de las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2018 y de 15 de octubre de 2018”, op. cit., p. 5.

⁹⁷ STS de 15 de octubre de 2018 [Roj: 3485/2018]

⁹⁸ Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos.

Con esta reforma se abre las puertas a la posibilidad de pacto sobre esta materia entre los cónyuges, de tal forma que los mismos podrán establecer qué apellido tendrán primero sus hijos, si el primero del padre o el primero de la madre, pudiendo plasmar su acuerdo al respecto en un pacto matrimonial perfectamente válido.

Hemos de tener en cuenta que, con la actual regulación de los apellidos de los hijos, en caso de discrepancias, regirá lo dispuesto en la ley, lo que quiere decir que, si los cónyuges no llegan a un acuerdo al respecto, será primero el del padre y el segundo el primero de la madre (art. 194 RRC).

Ahora bien, la nueva Ley de Registro Civil⁹⁹, que tiene prevista su entrada en vigor el 30 de junio de 2020, establece un sistema más igualitario para aquellos supuestos de desacuerdo (art. 49), y es que en caso que los cónyuges no se pongan de acuerdo, el encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores para que en el plazo de 3 días comuniquen el orden de los apellidos (es decir, da una segunda oportunidad a que haya acuerdo), y en caso de no hacerlo, será dicho encargado el que acuerde el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor.

Por último, hemos de matizar que el orden de apellidos elegido para el mayor de los hijos será el que deba regir para el resto de hijos de ese matrimonio (art. 109 párrafo 3º CC), sin que en este caso quepa un pacto en contrario de los progenitores.

⁹⁹ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

III. PACTOS EN EL MOMENTO DE LA RUPTURA CONYUGAL. EL CONVENIO REGULADOR.

1. Concepto, naturaleza jurídica y diferencias con los pactos previos a la crisis conyugal

El convenio regulador es un negocio jurídico de familia, dentro de un procedimiento de separación y/o divorcio consensuado, mediante el cual los futuros excónyuges regulan los efectos tanto económicos como personales que se derivan de una crisis matrimonial.

El Tribunal Supremo, por su parte, entiende el convenio regulador “*como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como conditio iuris, determinante de su eficacia jurídica*”¹⁰⁰.

No obstante, en aquellos supuestos en los que el convenio no haya llegado a ser aprobado judicialmente no significa que el mismo sea ineficaz, se le ha impedido entrar a formar parte del proceso y producir eficacia procesal, pero mantiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico¹⁰¹.

En lo que respecta a su naturaleza jurídica, y dado que en el mismo intervienen tanto los esposos como la autoridad judicial, se trata de un negocio jurídico de carácter mixto, pues así lo viene calificando la jurisprudencia: “*La naturaleza de los Convenios Reguladores viene representada por constituir un efectivo negocio de naturaleza mixta, al intervenir en su perfección y consolidación la autoridad judicial que no elimina ni desplaza su naturaleza esencial de tipo contractual privada, ya que su elaboración dimana de la voluntad de los otorgantes*”¹⁰².

Tanto los pactos matrimoniales previos o constante el matrimonio como el convenio regulador, homologado o no judicialmente, se caracterizan por ser manifestaciones de la autonomía de la voluntad de los cónyuges para regular sus relaciones personales y patrimoniales, pero la principal diferencia radica en el momento temporal en que cada uno de ellos se realizan, ya que los primeros han de ser previos a la crisis matrimonial y los segundos se confeccionan una vez aparecida ésta. Por otro lado, no hemos de olvidar, que, además, los pactos distintos al convenio regulador no sirven únicamente para regular los efectos derivados de la ruptura conyugal, sino que los mismos pueden ser destinados a regular distintos aspectos de la convivencia del matrimonio.

2. Regulación y contenido mínimo del convenio regulador.

El convenio regulador lo encontramos recogido en los artículos 81 y 86 CC como documento indispensable que ha de acompañar a la demanda de separación y divorcio de

¹⁰⁰ STS de 22 de abril de 1997 [Roj: 2817/1997]

¹⁰¹ STS de 26 de enero de 1993 [Roj: 209/1993] “*La aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes*”

¹⁰² STS de 10 de diciembre de 2003 [Roj: 7904/2003]

mutuo acuerdo, esto es, la demanda presentada por ambos cónyuges de forma conjunta o bien por uno de ellos con el consentimiento del otro.

El mismo cuerpo legal recoge, así mismo, el contenido mínimo que debe presentar el convenio regulador en su artículo 90. Dicho contenido indispensable es el siguiente:

A) PATRIA POTESTAD

Este extremo no se refiere a la titularidad de la patria potestad, ya que, como vimos anteriormente, no es posible la exclusión de la misma a uno de los cónyuges, pues dicha privación deberá realizarse mediante sentencia fundada. Así pues, deberán decidir sobre el ejercicio de la patria potestad, y aunque se prevé la posibilidad de atribuir dicho ejercicio de forma total a uno de los progenitores, lo habitual es que se ejerza de forma conjunta, ya que de lo contrario habría que justificar, por la vía del art. 156 CC, la conveniencia de su ejercicio por uno solo de los padres.

B) GUARDA Y CUSTODIA

En este punto los cónyuges deberán decidir con cuál de los dos van a convivir los hijos, o si van a establecer un sistema de guarda y custodia compartida y, dentro de ésta última, cómo va a llevarse a cabo (repartiendo el tiempo de forma igualitaria o no, por ejemplo). Ahora bien, para el establecimiento de uno u otro sistema, sobre todo cuando se trate de custodia compartida, se tendrán que hacer constar todas aquellas circunstancias que motiven la adopción de un sistema de guarda u otro, como es la distancia de los domicilios, la edad de los menores, los recursos económicos, los horarios laborales de los padres, la buena o mala relación que existe entre ellos o la relación de cada uno de éstos con sus hijos, entre otras. Para ello deberán aportar todos aquellos documentos o justificaciones que acrediten dichas condiciones.

C) RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS.

Esta cuestión en realidad engloba tres figuras distintas sobre las que los cónyuges habrán de pronunciarse:

1. En primer lugar, las comunicaciones, que supone determinar los momentos en que el progenitor no custodio podrá relacionarse con sus hijos por cualquier medio de comunicación, siendo la más frecuente la vía telefónica.

2. En segundo lugar, las visitas, que implican que el progenitor no custodio esté con sus hijos durante algunas horas al día, pero pernoctando en el domicilio del padre o la madre que tenga la custodia. Es conveniente que se determine el día y las horas en que se llevarán a cabo estas visitas, fijando también los lugares de entrega y recogida del menor¹⁰³.

3. Por último, las estancias, que, a diferencia de las visitas, sí que conlleva la pernocta en el domicilio del progenitor no custodio. La misma puede ser de días, de fines de

¹⁰³ PÉREZ MARTÍN, A. J., *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio Regulador. Procedimiento consensual*, op. cit., p. 206.

semana o incluso meses. Es aquí también donde entra la distribución que deben hacer los cónyuges sobre las vacaciones, que cubrirán los periodos no lectivos de Navidad, Semana Santa y verano. Para evitar posibles conflictos es conveniente prever la asignación de los periodos no lectivos, estableciéndolos de antemano o bien mediante una elección por turnos (por ejemplo, los años impares elige la madre y los pares el padre).

D) RÉGIMEN DE VISITAS Y COMUNICACIÓN DE LOS NIETOS CON LOS ABUELOS

Este extremo no es preceptivo, puesto que se deja a la voluntad de los progenitores establecerlo cuando se considere necesario. Ahora bien, en el caso de que quieran establecer una cláusula relativa a las relaciones de los nietos con los abuelos, el juez, previa audiencia de los abuelos, podrá aprobarla siempre que éstos hayan dado su consentimiento al efecto.

E) PENSIÓN DE ALIMENTOS

En este epígrafe se expresará la cuantía que deberá abonar el progenitor no custodio para contribuir a la satisfacción de los alimentos de los menores. Debemos recordar que los alimentos no se refieren únicamente a la comida de los hijos, sino que, como expresa el art. 142 CC, los mismos engloban todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, comprendiendo también la educación.

Así mismo deberán establecer la forma y periodo de pago, así como las bases de la actualización, siendo generalmente utilizado para ello el IPC.

No hemos de olvidar que no se puede excluir a ninguno de los cónyuges de esta obligación, únicamente se podría excusar de su cumplimiento al progenitor que carezca de ingresos o que sean tan reducidos que no alcancen ni para cubrir sus propias necesidades¹⁰⁴.

F) GASTOS EXTRAORDINARIOS

Los gastos extraordinarios son aquellos que no entran dentro del concepto de alimentos de los arts. 142 y 154 CC, siendo característica propia de los mismos, y que los diferencia de los gastos ordinarios, que “*son imprevisibles, no se sabe si se producirán ni cuándo lo harán y, en consecuencia, no son periódicos*”¹⁰⁵. Dentro de dichos gastos debemos diferenciar los necesarios y urgentes, que no requieren previo consentimiento del otro cónyuge (bastando la mera comunicación posterior), siendo asumidos por los progenitores en la proporción que hayan establecido, y los no necesarios, que requieren recabar el consentimiento del excónyuge, de tal forma que, si no se ha obtenido su aquiescencia, no se le podrá exigir que contribuya a su pago.

¹⁰⁴ STS de 2 de marzo de 2015 [Roj: 568/2015]

¹⁰⁵ STS de 15 de octubre de 2015 [Roj: 4438/2015]

Así, los padres deberán determinar la proporción en que cada uno va a asumir el pago de dichos gastos extraordinarios, siendo afrontados, por lo general, a partes iguales. Así mismo sería recomendable que especificasen cuáles son esos gastos.

Si no existiera una mención en el convenio sobre este tipo de gastos no quiere decir que se exonere del pago de los mismos, sino que serán los tribunales los que determinen qué debe ser considerado como gasto extraordinario y la proporción que le corresponde asumir a cada progenitor¹⁰⁶.

G) USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Los cónyuges deberán decidir a quién corresponde el uso de la vivienda o, en su caso, el destino de la misma. Cabe matizar que la atribución del uso de la vivienda es independiente de la propiedad y/o la titularidad de la misma¹⁰⁷. Así pues, los exesposos podrán pactar que se atribuya de forma exclusiva a uno de ellos, que se atribuya de forma alternativa por periodos concretos o podrán, incluso, acordar su venta.

No obstante, lo que realmente importa en este punto es determinar dónde van a vivir los hijos, puesto que la residencia de éstos es lo que interesa examinar al juez a la hora de determinar si el pacto vulnera o no el interés de los menores.

H) LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Respecto de la misma, en el caso de concurrir las circunstancias del art. 97 CC, los cónyuges podrán establecer la cuantía de la prestación, la forma de pago, su periodicidad, las bases de actualización y su duración o momento de cese.

De hecho, y como hemos apuntado anteriormente, es posible su renuncia, dado el carácter dispositivo de la misma, siempre que no supusiera un grave perjuicio para el cónyuge que la realice, de tal forma que no pueda hacer frente a sus necesidades más básicas.

I) LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Realizar la liquidación del régimen económico en el convenio regulador es potestativo, ya que puede realizarse en otro momento, pero el mismo deberá seguirse por un procedimiento distinto que es el regulado en los arts. 806 y siguientes LEC.

J) OTRO CONTENIDO

Nada impide a los cónyuges que, al margen del contenido mínimo que establece el art. 90 CC, puedan establecer los pactos que tengan por conveniente para completar el convenio regulador, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad (art.

¹⁰⁶ SAP de Alicante (Sección 4ª) de 22 de febrero de 2001 [Roj: SAP A 876/2001]

¹⁰⁷ PÉREZ GALVÁN, M.; ROCA TRÍAS, E. (coordinadora), *Crisis matrimoniales*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2014, p. 29

1.255 CC), siendo controlados por el juez de tal forma que los mismos no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público¹⁰⁸.

De facto, los exesposos pueden establecer, al margen del propio convenio, todos aquellos pactos que consideren necesarios, siempre que se trate de cuestiones disponibles, y así viene siendo reconocido por nuestra jurisprudencia: *“no impide que al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurran en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autoregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el artículo 1255 del Código Civil, pues como dice la sentencia de 22 de abril de 1997 “no hay obstáculo para su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico”¹⁰⁹”*.

3. Procedimiento de separación y divorcio de mutuo acuerdo.

Al margen de la posibilidad que concede nuestra legislación a los cónyuges para que puedan solicitar la separación y/o el divorcio, cuando no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente, ante el Letrado de la Administración de Justicia mediante la formulación de un convenio regulador, o ante Notario en escritura pública (arts. 82 y 87 CC), y dejando a un lado también el procedimiento contencioso de separación o divorcio, puesto que aquí lo que nos interesa son aquellas situaciones en las que los cónyuges llegan a acuerdos sobre los aspectos económicos y personales derivados de su matrimonio (en este caso, tras la ruptura del mismo), en este apartado hablaremos sucintamente del procedimiento de separación y divorcio de mutuo acuerdo, destacando aquellos aspectos más relevantes del proceso que deben ser tenidos en cuenta por el abogado a la hora de presentar una demanda de estas características.

3.1. Regulación

El art. 777 LEC regula este procedimiento que puede originarse de tres formas distintas:

¹⁰⁸ BLANDINO GARRIDO, M. A., “Medidas reguladoras de la autonomía de la voluntad”, *Las crisis matrimoniales (nulidad, separación y divorcio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

¹⁰⁹ STS de 21 de diciembre de 1998 [Roj: STS 7768/1998]

- De común acuerdo por ambos cónyuges.
- Por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro.
- Por solicitud de cualquiera de las partes en cualquier momento del procedimiento de separación o divorcio contencioso (art. 770.5ª LEC).

3.2. Postulación e intervención del Ministerio Fiscal.

En este tipo de procesos es necesario que las partes actúen con asistencia de abogado y representadas por procurador. No obstante, el art. 750.2 LEC permite que en los procesos de separación o divorcio de mutuo acuerdo los cónyuges puedan valerse de una sola defensa y una sola representación.

Cabe poner de manifiesto, que el citado artículo también recoge que, cuando alguno de los pactos propuestos no fuera aprobado por el Tribunal o cuando una de las partes pida la ejecución judicial del acuerdo homologado, el Letrado requerirá a las partes para que manifiesten, en un plazo de 5 días, si desean continuar o no con la misma defensa y representación.

Por otro lado, si alguno de los interesados en el procedimiento es menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal, será obligatoria la intervención del Ministerio Fiscal (arts. 6 y 749 LEC).

3.3. Competencia

Competencia objetiva. En virtud de los arts. 85 LOPJ y 45 y 769 LEC la competencia viene atribuida a los Juzgados de Primera Instancia. No obstante, hemos de tener en cuenta que pueden existir juzgados especializados de familia en aquellas circunscripciones en las que exista más de un Juzgado de la misma clase (art. 98 LOPJ), extendiendo, por tanto, estos juzgados especializados su competencia a materias propias de derecho de familia (entre las que se encuentran las crisis matrimoniales), e inhibiéndose a favor de los demás tribunales competentes cuando se trate de materias distintas.

Por otro lado, debemos de poner de relieve que con la entrada en vigor de la Ley de Violencia de Género¹¹⁰ por la que se crean los Juzgados de Violencia de sobre la Mujer, los mismos tienen competencia en el orden civil sobre los asuntos de separación y divorcio, pero solo tienen competencia cuando una de las partes sea víctima y otra parte sea autor, inductor o cooperador necesario de un acto de violencia de género y se haya iniciado ante el Juez actuaciones penales (art. 87 ter LOPJ), lo que no nos interesa porque es obvio que, en este tipo de situaciones, no se dará un proceso de mutuo acuerdo.

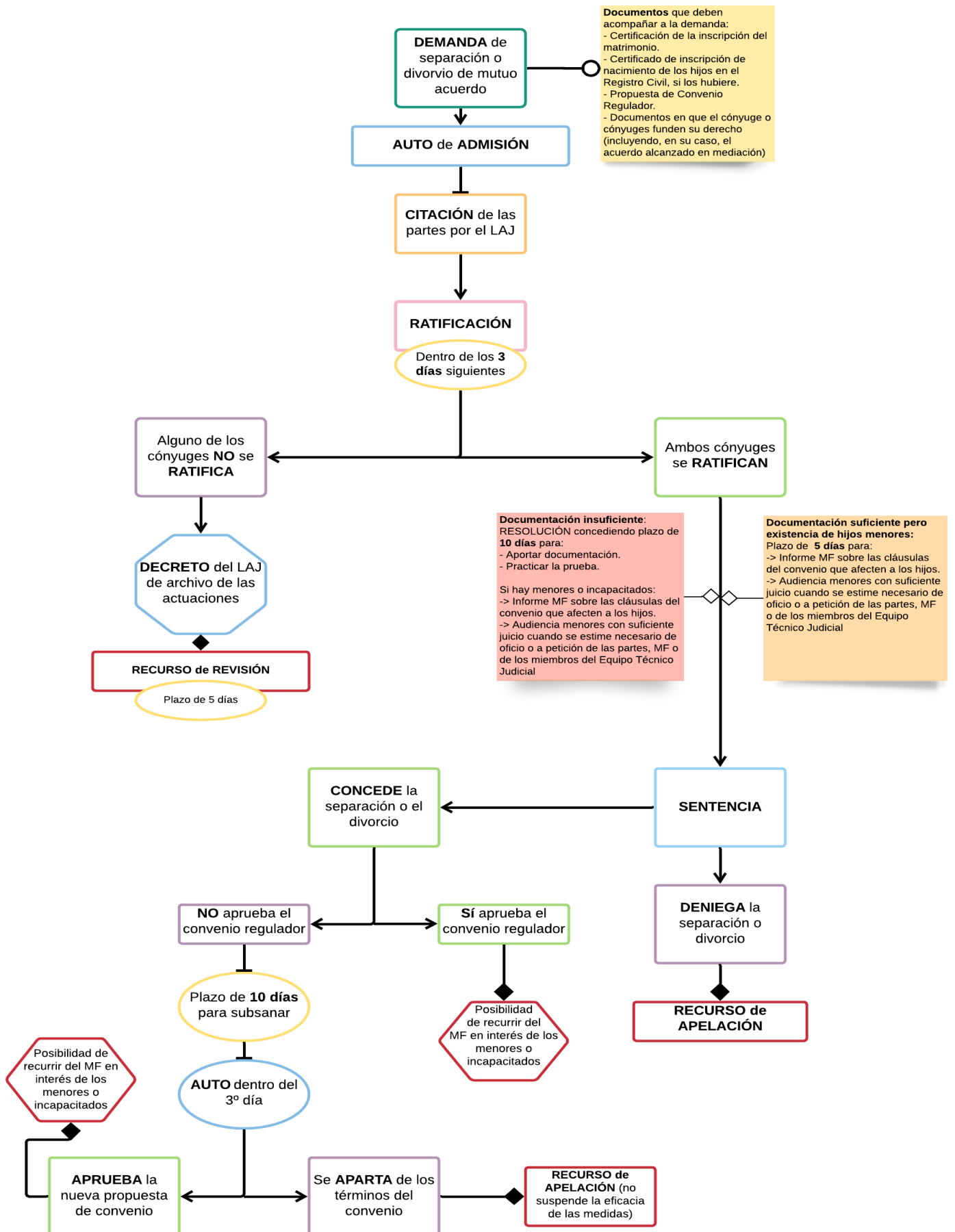
¹¹⁰ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Competencia territorial. El artículo 769.2 LEC es claro en este aspecto, ya que será competente el Juzgado del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes.

Competencia funcional. En virtud del art. 61 LEC el Juzgado de Primera Instancia o, en su caso, el Juzgado de Familia, que conozca del asunto, tendrá la competencia para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, así como para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare.

Por otro lado, la Audiencia Provincial conocerá de los recursos (de apelación) que se planteen contra las resoluciones dictadas por estos Juzgados durante la tramitación del procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo (art. 82 LOPJ).

3.4. Esquema del procedimiento de mutuo acuerdo



V. CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La sociedad en la que vivimos está sometida a constantes cambios y nuestro Derecho no debe ser ajeno a dicha realidad. Dentro de la rama que nos ocupa, los conceptos de matrimonio y familia han ido cambiando; el matrimonio no es únicamente una unión entre un hombre y una mujer, sino que existen matrimonios entre personas el mismo sexo. Del mismo modo, la familia no es exclusivamente aquella formada por una pareja estable, cuyo vínculo es indisoluble, y sus descendientes, sino que nos encontramos con familias unipersonales, monoparentales, reconstruidas o, incluso, parejas con o sin hijos que no han contraído matrimonio.

Con esto queremos poner de relieve que cada familia es un mundo, tiene sus propias características que la hacen única y muchas veces la ley es demasiado abstracta (e incluso a veces insuficiente) para regular todas aquellas cuestiones familiares, siendo lo ideal que cada matrimonio adaptase la ley a su propia realidad.

SEGUNDA.- Como hemos puesto de manifiesto al principio de este trabajo, muchas veces no pensamos en las consecuencias jurídicas de nuestro actuar y lo cierto es que el Derecho es algo que nos rodea constantemente. En el campo del Derecho de Familia, el matrimonio conlleva una serie de derechos y obligaciones, así como la separación o el divorcio comporta una serie de efectos tanto económicos como personales que, por lo general, la población desconoce o decide ignorar, originando, en no pocas ocasiones, resultados no queridos o injustos.

Por otro lado, el problema no estriba únicamente en el desconocimiento de la población o en su dejadez, sino que, en el momento de hacer capitulaciones matrimoniales, las notarías no informan a los cónyuges de la posibilidad de realizar pactos más allá del establecimiento de un régimen económico matrimonial concreto.

De ahí la importante labor de asesoramiento que tienen los abogados de familia en este tema, donde su trabajo no empieza en el proceso, sino que es primordial que, previamente a la celebración del matrimonio o durante el mismo, el letrado conozca las particularidades de cada pareja y les advierta sobre todos aquellos efectos que derivan del matrimonio y de, en su caso, una crisis matrimonial, pudiendo orientarles para que adopten todas aquellas medidas que crean necesarias para regular todos aquellos aspectos tanto de su convivencia como de la separación y/o divorcio, en los que la ley es demasiado general, insuficiente o, a su parecer, injusta.

TERCERA.- Los pactos matrimoniales, manifestación del principio de autonomía de voluntad de los cónyuges, son el instrumento perfecto del que se pueden valer las partes para regular estas cuestiones del matrimonio, anticipándose así a posibles situaciones problemáticas, evitando el conflicto, o, una vez acaecido el mismo, solucionarlo de la forma más pacífica posible.

Pero estos pactos no son absolutos, es decir, no son válidos siempre y en todo caso, sino que los mismos deben observar una serie de límites que vienen dados por el respeto

a los principios constitucionales, los derivados de la configuración del matrimonio, que no sean contrarios a la ley, a la moral y al orden público, la prevalencia del interés superior del menor y la igualdad entre los cónyuges.

TERCERA.- Es de destacar también la relevancia que puede tener que los pactos matrimoniales que no se refieran al régimen económico, a pesar de poder constar en documento privado, figuren en capitulaciones matrimoniales o en escritura pública independiente, dadas las garantías de validez que les otorga la intervención del notario.

CUARTA.- La carencia de regulación expresa de los pactos matrimoniales en el Código Civil, que solo hace una remisión tangencial a los mismos cuando recoge que en capitulaciones matrimoniales se pueden establecer cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio, genera cierta inseguridad jurídica sobre su eficacia.

Como se ha dejado constancia en el presente trabajo, poco a poco la jurisprudencia ha ido admitiendo la validez de este tipo de pactos, siempre que se respeten los límites que hemos mencionado, plasmando así, en sus sentencias, la mayor trascendencia que da el legislador a la voluntad y al libre desarrollo de la personalidad del individuo.

Pero no es suficiente, es necesario una reforma del Código Civil en esta materia, mediante un reconocimiento expreso de los pactos matrimoniales, determinando las materias disponibles y aclarando los límites a que han de quedar sometidos dichos pactos.

QUINTA.- Por último, remarcar la importancia del proceso de separación o divorcio de mutuo acuerdo, donde los pactos matrimoniales adoptan la denominación de convenio regulador, aunque destinados a regular exclusivamente los efectos derivados de la crisis matrimonial. Queremos hacer hincapié en que, a diferencia de lo que sucede en el proceso contencioso donde es el juez el que, al final y al cabo, decide, el convenio regulador es el instrumento con el que cuentan las partes para regular las consecuencias de la ruptura conyugal de la forma que mejor se adapten a sus circunstancias, puesto que nadie conoce mejor las necesidades y peculiaridades de una familia que los propios cónyuges. También, como sucedía con los pactos matrimoniales previos a la crisis, la ventaja que tiene acudir a este tipo de proceso, es que, aunque no esté libre de conflicto, el hecho de que las partes lleguen a acuerdos, haciéndose concesiones mutuamente, va a repercutir en que la separación o el divorcio sea más llevadero, más pacífico, haciendo que el mismo sea menos traumático tanto para los futuros cónyuges como para los hijos de éstos.

ANEXO.

A continuación, planteo un modelo de capitulaciones matrimoniales con pactos distintos al régimen económico matrimonial, dado que, como hemos comentado anteriormente, en las notarías no cuentan con modelos de capitulaciones que contemplen este tipo de cláusulas, sino que únicamente recogen las estipulaciones relativas al régimen económico.

MODELO DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

ESCRITURA DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES, OTORGADA POR
*****. -----**

NUMERO ***

En ***, a ***. -----

Ante mí, ***, Notario del Ilustre Colegio de ***, con
residencia en ***, -----

COMPARECEN:

*****. -----**

*****. -----**

Son de nacionalidad y residencia española y vecindad
civil común. Sus circunstancias personales resultan de sus
manifestaciones. -----

INTERVIENEN en su propio nombre. -----

Identifico a los comparecientes a través de los DD.NN.I.
que me han exhibido, conforme al artículo 23 de la Ley del
Notariado y los juzgo, en la intervención expresada, bajo mi
responsabilidad, con capacidad legal y legitimación
suficiente para el otorgamiento de la presente escritura de
CAPITULACIONES MATRIMONIALES, y a tal efecto, -----

EXPONEN:

Que tienen concertado contraer matrimonio civil/religioso el próximo día ***, y con el fin de fijar el régimen económico del futuro matrimonio, otorgan esta escritura con arreglo a las siguientes, -----

CLÁUSULAS:

PRIMERA.- El matrimonio que los comparecientes se proponen celebrar se entenderá contraído bajo el régimen de absoluta separación de bienes de los cónyuges, conservando cada cual el dominio, la administración y el goce de sus bienes presentes y futuros, aunque sean adquiridos a título oneroso, pudiendo disponer libremente de los mismos por cualquier título, gravarlos o hipotecarlos sin consentimiento del otro cónyuge. -----

SEGUNDA.- Cada cónyuge hará suyos, con independencia del otro, los rendimientos de su trabajo o industria; y los frutos, rentas e intereses que produzcan sus bienes propios.-----

TERCERA.- Los comparecientes, una vez contraído matrimonio, y teniendo en cuenta los ingresos económicos con que cuenta cada uno, contribuirán al sostenimiento de las cargas matrimoniales en la siguiente proporción ***. -----

CUARTA.- De común acuerdo, los cónyuges determinan que el domicilio conyugal se fijará en ***. -----

QUINTA.- En el caso de que del matrimonio nazca algún hijo, el mismo ostentará los apellidos de los padres en el siguiente orden: primero el primero de *** y segundo el primero de ***. Los sucesivos hijos mantendrán el mismo orden

de apellidos que el primero de los descendientes del matrimonio. -----

SEXTA.- La patria potestad y los alimentos, en caso de la existencia de hijos, será ejercida y asumidos por los comparecientes de la forma siguiente: ***. -----

SÉPTIMA.- En el supuesto de que acaeciera la separación o el divorcio de los comparecientes, ambos acuerdan las siguientes medidas reguladoras de la crisis conyugal:

I.- PATRIA POTESTAD. La titularidad de la patria potestad corresponderá a ambos cónyuges, siendo ejercida conjuntamente, de tal forma que las decisiones ordinarias del día a día las tomará el progenitor que, en ese momento, tenga a los hijos en su compañía, siendo necesario el consenso previo con el otro progenitor en aquellas cuestiones más relevantes o trascendentales sobre la vida de los menores. -----

II.- GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS. Los hijos menores quedarán sometidos al sistema de guarda y custodia compartida/de *** (uno de los progenitores). -----

(En caso de optar por la custodia compartida). Teniendo en cuenta lo acordado sobre la guarda y custodia, las partes acuerdan la siguiente distribución del tiempo: *** (semanas, meses, años... alternos). -----

(En caso de optar por la custodia exclusiva de uno de los cónyuges). Teniendo en cuenta lo acordado sobre la guarda y custodia, las partes acuerdan el siguiente régimen de visitas y estancias: ***. -----

En caso de no llegar a un consenso, se aplicará el siguiente régimen:

- Fines de semana: el progenitor no custodio tendrá a los menores en su compañía los fines de semana *** (alternos, X fines de semana al mes a su elección...), desde el viernes a las *** (X horas/lugar de recogida) hasta el domingo/lunes a las *** (X hora/lugar de entrega). -----
- X Días entre semana que, a falta de acuerdo, serán los ***, desde las *** (X horas/lugar de recogida) hasta las *** (X horas/lugar de entrega), siempre que no se perjudique las actividades escolares o extraescolares de los menores. -----
- En cuanto a las vacaciones de Navidad y Semana Santa y verano, las mismas se iniciarán el día siguiente a aquel en que finalicen las clases y terminando el día anterior a que comiencen, y se distribuirán por partes iguales. Se dividirán de la siguiente forma:
 Navidad se dividirá por mitad, comprendiendo el primer periodo desde el día *** a las ***, y finalizando el día *** a las ***. El segundo periodo comprenderá desde el día *** a las *** hasta el día *** a las ***. ----
 Semana Santa también se dividirá por mitad, comprendiendo el primer periodo desde el día *** a las ***, y finalizando el día *** a las ***. El segundo periodo comprenderá desde el día *** a las *** hasta el día *** a las ***. -----
 Las vacaciones de verano se dividirán en X periodos, abarcando cada uno los siguientes plazos: ***. -----
 Ambas partes acuerdan que corresponde a (nombre del progenitor A) elegir los periodos de cada festividad

los años *** (pares/impares) y a (nombre del progenitor B) los años *** (impares/pares). -----

COMUNICACIONES: el progenitor que no tenga a los hijos en su compañía, podrá comunicarse con ellos vía *** (telefónica/e-mail/Skype...) cada X días/cada día, a cualquier hora/de *** (X horas) a *** (X horas). ----

III.- CONTRIBUCIÓN A LOS ALIMENTOS DE LOS HIJOS. Los gastos ordinarios de alimentación, sustento, habitación, educación y vestido de los hijos, serán asumidos por los progenitores de la siguiente manera: *** (cantidad fija, variable, mixta...). -----

Respecto de los gastos extraordinarios, se entiende por tales ***, así como los que de común acuerdo establezcan los cónyuges en cada momento, serán satisfechos *** (por mitad, en proporción...). -----

IV.- USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. Se distribuirá conforme a los siguientes criterios: ***. -----

El ajuar doméstico se dividirá de la siguiente forma: ***

V.- PENSIÓN COMPENSATORIA.

A) Estando ambas partes incorporadas al mundo laboral, siendo autosuficientes para procurarse sus propios medios de subsistencia, y sin que se produzca desequilibrio económico alguno por la separación o el divorcio, ambos cónyuges renuncian expresamente a percibir cantidad alguna del otro cónyuge en concepto de compensación en los supuestos de ruptura del vínculo matrimonial. -----

B) En el caso de que una de las partes se encontrara desempleada en el momento de la separación o el divorcio, se establecerá una pensión razonable de *** € hasta que

encontrara trabajo, con un límite de *** (meses, años...), o bien una cantidad fija de *** €. -----

VI.- INDEMNIZACIÓN POR RUPTURA. En aquellos supuestos en los que la separación o el divorcio no se instara de mutuo acuerdo, sino que solicitara por uno de los cónyuges, el cónyuge que no lo hubiera solicitado tendrá derecho a una indemnización a cargo del otro consistente en una cantidad igual al *** % de los ingresos anuales del cónyuge deudor en el momento en que se produjera la solicitud de separación o divorcio, incrementándose un *** % por cada año de matrimonio. -----

La eficacia del presente pacto se condiciona al hecho de que el beneficiario de la indemnización no haya incumplido ningún deber conyugal que propicie la ruptura del matrimonio. -----

VII.- INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES. En aquellos supuestos en que la separación o el divorcio se instaran como consecuencia del incumplimiento de los deberes conyugales por uno de los cónyuges se establecerá una indemnización de *** € a favor del cónyuge perjudicado. -----

OCTAVA.- Es deseo expreso de los comparecientes que, los pactos contenidos en el presente documento, constituyan el convenio regulador de su posible separación o divorcio, teniendo el carácter de irrevocables sin el expreso consentimiento de ambos y, sin perjuicio, de que puedan adoptar, en su día, todas aquellas estipulaciones que crean necesarias para completar y adaptar el convenio a sus necesidades.-----

NOVENA.- En caso de desacuerdo sobre cualquiera de los aspectos del matrimonio como sobre los efectos de su disolución, ambas partes acuerdan someter el conflicto a mediación. El mediador será nombrado por ***. -----

DÉCIMA.- Cualquiera de los cónyuges por sí solo podrá pedir y obtener la inscripción o constancia de los presentes Capítulos en los Registros Civil, Mercantil, de la propiedad o en cualquier otro registro, oficina pública o privada, otorgando, a tal efecto, los documentos aclaratorios, descriptivos de bienes o complementarios que se necesiten sin precisar para todo ello la intervención del otro cónyuge.

Hago las reservas y advertencias legales, entre ellas las relativas al artículo 5 de la L.O. 15/1999 de protección de datos de carácter personal, y especialmente las de índole fiscal y las del Registro Civil. -----

Permiso a los señores comparecientes la lectura de este instrumento público, porque así lo solicitan después de advertidos de la opción del artículo 193 del Reglamento Notarial; enterados, según dicen, por la lectura que han practicado y por mis explicaciones verbales, dado que han sido informados por mí, el Notario, del contenido íntegro del presente instrumento público, los comparecientes hallándolo conforme, hacen constar su consentimiento al contenido del mismo y, en consecuencia, lo aprueban, ratifican y firman.-----

Y Yo, Notario, DOY FE de todo lo contenido en este instrumento público, y, especialmente, de que el

consentimiento ha sido libremente prestado por los otorgantes o intervinientes y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informadas de los citados otorgantes o intervinientes, y de que todo él se encuentra extendido en *** folios de papel timbrado Notarial, Serie ***, números *** y los *** siguientes correlativos en orden.-----

BIBLIOGRAFÍA

BERROCAL LANZAROT, A. I., “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”, LA LEY Derecho de Familia, nº 5, 2015

BLANDINO GARRIDO, M. A., “Medidas reguladoras de la autonomía de la voluntad”, *Las crisis matrimoniales (nulidad, separación y divorcio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

CERVILLA GARZÓN, M. D., “Acuerdos prematrimoniales y ruptura conyugal. Algunas consideraciones al hilo de las Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018 y de 15 de octubre 2018”, *Diario La Ley*, nº 9301, 2018

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *Diario La Ley*, nº 6676, 2007

GASPAR LERA, S., “Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, 2011

LEFEBVRE, F., *Regímenes Económico-matrimoniales*, Lefebvre-El Derecho, 2016, Madrid

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, Tecnos, Madrid, 2011

MORENO VELASCO, V., *La expresión de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en las crisis matrimoniales*, Editorial de la Universidad de Jaén, Jaén, 2013

MORENO VELASCO, V., “La validez de los acuerdos prematrimoniales”, *Diario La Ley*, nº 7049, 2006

MUÑOZ GARCÍA, C., “Alimentos a favor de los hijos en supuestos de ruptura matrimonial”, *Diario La Ley*, nº 8224, 2014

PERALTA Y CARRASCO, M., “El llamado Fuero Baylío. Historia y vigencia del fuero extremeño”, *Brocar: Cuadernos de investigación histórica*, 2000

PÉREZ GALVÁN, M.; ROCA TRÍAS, E. (coordinadora), *Crisis matrimoniales*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2014

PÉREZ MARTÍN, A. J., *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio Regulador. Procedimiento consensual*, Lex Nova, Valladolid, 2009

ROZALÉN CREUS, L., *Validez y eficacia de los pactos matrimoniales*, Editorial de la Universidad de Valencia, Valencia, 2018

PACHECO GALLARDO, M., “El contrato y sus elementos esenciales”, *Diario La Ley*, nº 8740, 2016

PINTO ANDRADE, C., “La genérica validez de los pactos en previsión de la ruptura matrimonial”, *Revista de Derecho de Familia. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, Nº 49, 2010

PINTO ANDRADE, C., “Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil”, *Diario La Ley*, nº 7571, 2011

RIBERA BLANES, B., “Determinación convencional de la contribución a las cargas”, *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

SILLERO CROVETTO, B., “Pactos en previsión de crisis matrimonial: legalidad y contenido”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 769

JURISPRUDENCIA

STS de 24 de junio de 2015 [Roj: 2828/2015]

STS de 22 de abril de 1997 [Roj: STS 2817/1997]

STS de 18 de junio de 2012 [Roj: STS 4410/2012]

STS de 4 de febrero de 1994 [Roj: STS 15058/1994]

STS de 15 de enero de 2004 [Roj: STS 68/2004]

STS de 30 de mayo de 2018 [Roj: STS 1925/2018]

STS de 30 de julio de 1999 [Roj: 5489/1999]

STC 176/2008, de 22 de diciembre.

STS de 4 de febrero de 1995 [Roj: 540/1995]

STS de 8 de febrero de 2008 [Roj: STS 459/2016]

STS de 30 de mayo de 2010 [Roj: 2351/2010]

STS 4 de febrero de 2000 [Roj: 749/2000]

SAP de Almería (Sección 2ª) de 17 de febrero de 2003 [CJ 33081/2003]

STS de 20 de noviembre de 2018 [Roj: 3882/2018]

STS de 13 de noviembre de 2018 [Roj: 3700/2018]

STS de 17 de febrero de 2014 [Roj: 494/2014]

STS de 30 de mayo de 2012 [Roj: 3791/2012]

STS de 4 de noviembre de 2011 [Roj: STS 6998/2011]

STS de 10 de octubre de 2008 [Roj: 5995/2008]

STS de 22 de junio de 2011 [Roj: STS 5570/2011]

SAP de Vizcaya (Sección 2ª) de 5 de abril de 2000 [CJ 75056/2000]

SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 2 de marzo de 2009 [CJ 63666/2009]

SAP de Madrid (Sección 22ª) de 22 de febrero de 2011 [CJ 26865/2011]

SAP de Asturias (Sección 5ª) de 12 de diciembre de 2000 [CJ 226342/2000]

STS de 18 de noviembre de 1957 [Roj: STS 1367/1957]

SAP de Madrid (Sección 22ª) de 27 de febrero de 2007 [CJ 37166/2007]

SAP de Zamora de 2 de junio de 1998 [CJ 67156/1998]

STS de 14 de febrero de 2005 [Roj: 819/2005]

SAP de A Coruña (Sección 6ª) de 7 de mayo de 2002 [CJ 87305/2002]

STS de 15 de octubre de 2018 [Roj: 3485/2018]

STS de 26 de enero de 1993 [Roj: 209/1993]

STS de 10 de diciembre de 2003 [Roj: 7904/2003]

STS de 2 de marzo de 2015 [Roj: 568/2015]

STS de 15 de octubre de 2015 [Roj: 4438/2015]

SAP de Alicante (Sección 4ª) de 22 de febrero de 2001 [Roj: SAP A 876/2001]

STS de 21 de diciembre de 1998 [Roj: STS 7768/1998]